Volumen VII
Septiembre 2020
ISSN 2631-2573
E-ISSN 1390-8014



USFQ LAW REVIEW





USFQ LAW REVIEW

Volumen VII • septiembre 2020



USFQ LAW REVIEW
ISSN: 2631-2573 | ISSN(e): 1390-8014
https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview
http://lawreview.usfq.edu.ec
Quito, Ecuador

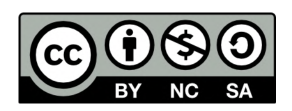
Volumen VII, Número 1, septiembre 2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1

EQUIPO EDITORIAL:

Esta obra es publicada luego de un proceso doble ciego de revisión por pares ciegos (*double-blind peer review*).

PRODUCCIÓN EDITORIAL:

Corrección ortotipográfica: Octavio Peláez
Diseño general y de cubierta: Ricardo Vásquez
Webmaster: Jaime Páez
Impresión: Ediecuatorial S.A.



USFQ PRESS / *USFQ Law Review*
Atte. María Alejandra Vera y Gustavo A. Villacreses, Directores Editoriales
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Calle Diego de Robles y Vía Interoceánica, Campus Cumbayá
Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: lawreview@usfq.edu.ec

Presentación de la Revista

USFQ Law Review es una revista jurídica, académica, arbitrada e indexada, de publicación anual y con apertura autoral.

Nació en el año 2012 como una iniciativa estudiantil. Desde entonces, es la primera publicación jurídica periódica en Ecuador íntegramente desarrollada, administrada y editada por estudiantes de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, Ecuador.

Su objetivo es brindar un espacio para que expertos en diversas áreas del Derecho, como estudiantes, profesionales y académicos, publiquen trabajos de investigación jurídica en los que se planteen distintas perspectivas y opiniones críticas, sobre temas jurídicos de actual relevancia. Además, busca ser una fuente de investigación por su contenido de alto nivel académico y elevar la calidad de discusión jurídica en Ecuador y en toda la región, respondiendo a las necesidades de la comunidad jurídica, tanto a nivel nacional como internacional. La revista se publica en septiembre de cada año, en versión impresa y versión electrónica. A la fecha se han publicado siete volúmenes en ocho números.

Actualmente, *USFQ Law Review* forma parte de varias indexaciones, catálogos, servicios de información y bases de datos, entre ellos: Latindex (Catálogo 2.0); Latindex (Directorio); ISSN Portal; Crossref; ROAD; DOAJ; MIAR; REBID; Sherpa Romeo; Aura–AmeliCA; CORE; Internet Archive; I2OR; Scientific Indexing Services; y, Google Scholar. Adicionalmente, está asociada a instituciones como: Latinoamericana; RELAREDI; LatinREV; Declaración de México (Acceso Abierto); y, Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación (DORA).

Una de sus prioridades es brindar libre acceso a sus contenidos y dar el mayor alcance a los productos científicos de los autores que han depositado su confianza en la revista. Por esta razón, mantiene una política de apertura autoral, todos sus contenidos se difunden bajo política de Acceso Abierto *(Open Access)* y están publicados bajo la política de acceso libre de las licencias Creative Commons, que fomentan el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Estos contenidos se encuentran disponibles en diversidad de medios digitales y físicos. En cuanto a los digitales, se accede a ellos mediante: Archivo OJS; Biblioteca USFQ; LEXIS; Corporación de Estudios y Publicaciones – CEP; vLex; Academia.edu; SSRN; y, Mendeley. Respecto al acceso físico, anualmente se imprimen y difunden a nivel nacional

e internacional 400 ejemplares que son distribuidos a instituciones públicas y privadas.

La revista recibe asistencia técnica de la institución editora, la Universidad San Francisco de Quito, a través de su departamento editorial USFQ Press. Adicionalmente, se financia mediante el apoyo de patrocinadores, quienes contribuyen activa y continuamente. Finalmente, cuenta con el respaldo público de alianzas institucionales.

Para más información acerca de la estructura orgánica, políticas, información al autor, y proceso editorial, invitamos a visitar nuestro sitio web oficial, redes académicas, profesionales y sociales; y, a contactarnos mediante nuestro correo electrónico.

Sitio web: https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview

Equipo Editorial
USFQ Law Review
Universidad San Francisco de Quito

Presentación del Volumen

A nombre del Equipo Editorial, tenemos el agrado de presentar a nuestros lectores el Volumen VII de *USFQ Law Review.* Este Volumen refleja los ideales que inspiraron la creación de la revista hace ocho años y aquellos por los que se continúa trabajando: ser fuente de consulta por su contenido de alto nivel académico y fomentar la discusión jurídica en Ecuador y en toda la región.

El Volumen VII se compone de quince artículos académicos en español y en inglés. Cada uno de ellos ha sido sometido a un arduo y minucioso proceso editorial, por parte del Comité Editorial y por Revisores Pares Externos. La riqueza de este Volumen y su aporte a la comunidad académica se basa en la diversidad de autores y de temáticas abordadas. Como se podrá apreciar, cada articulista tiene su propia experiencia y trayectoria que le ha permitido incorporar en su trabajo reflexiones singulares. Como resultado, cada artículo es novedoso a su manera, fruto de la investigación y reflexiones inéditas de sus autores.

Debido al surgimiento de las nuevas tecnologías en el contexto de la globalización, el mundo del Derecho ha tenido que adaptarse a la nueva dinámica de la economía y de los negocios. María Yépez, María Paz Vela y Bernarda Haro resaltan una nueva forma de contratación, los *smart contracts,* y el método más idóneo para dirimir controversias que se deriven de estos: el arbitraje. Mario Cedeño, por su parte, se enfoca en explicar el surgimiento y practicidad del *crowdfunding* como mecanismo de financiamiento y su regulación en Ecuador. Becky Montesdeoca y Cinthia Almeida advierten sobre la utilidad de otra figura aplicada con recurrencia internacional, pero desaprovechada en Ecuador, el *leasing* financiero. Incluso una teoría clásica del Derecho Civil ahora es analizada desde una nueva perspectiva; Sebastián Correa invita a reflexionar sobre la ambigüedad e inseguridad que genera la doble regulación, civil y mercantil, de la compraventa.

Respecto de los procesos arbitrales y laudos, Adriana Rodas, Jhossueth Almeida y Sebastián Correa aclaran que en el desarrollo de un arbitraje en equidad debe observarse los principios y derechos constitucionales como límites a la facultad de los árbitros para resolver en función de su leal saber y entender. Por su parte, Paola Gaibor junto con Gabriela del Salto examinan el régimen jurídico de la acción de nulidad en Ecuador, desde la óptica de lo previsto en la legislación y varios pronunciamientos jurisprudenciales. Vika Lara exhibe las distintas causales de nulidad de doble impacto que podrían manifestarse como excepciones al principio de separabilidad, mecanismo de preservación de las cláusulas arbitrales.

En materia de responsabilidad civil extracontractual, primero, Emilia Bonilla, Victoria Vergara y Camila Santamaría realizan un innovador análisis acerca de la alegación de daño moral producto del ejercicio del derecho a la libertad de expresión de un individuo en redes sociales. En la misma línea, Natalia Barona, Mikaela Terán y Antonella Tescaroli estudian en su trabajo que el elemento daño, en materia de derechos humanos, no resulta necesario para atribuir responsabilidad al Estado, con base en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Paúl Carrera, Felipe Roldán y María Alejandra Vera abordan el elemento subjetivo en la culpa de la víctima para sanear la confusión que se ha generado al momento de razonar sobre el hecho exclusivo de la víctima y la concurrencia de culpas.

La aplicación del ordenamiento jurídico ecuatoriano no está exenta de interpretaciones alejadas del verdadero espíritu de la ley, muchas veces por intereses meramente políticos. En este sentido, Sebastián Coloma critica el amplio margen de discrecionalidad que, desde su óptica, se le concede al juzgador ecuatoriano a la hora de conceder medidas cautelares constitucionales. Jenny Santamaría analiza la encrucijada de la administración pública al tener que resolver los reclamos y comparecer ante las demandas de varios sujetos que afirman la existencia de relaciones contractuales tácitas con el Estado. Manuela Cárdenas contrasta, con la finalidad de evidenciar su eficiencia, dos herramientas provenientes de sistemas jurídicos y políticos distintos: el proceso de *impeachment* en Estados Unidos de América frente al de la muerte cruzada en Ecuador.

Por último, este Volumen presenta dos valiosas propuestas de estudio en el ámbito del Derecho Comunitario e Internacional Público. Hugo Gómez junto con Karla Rodríguez presentan una innovadora discusión para el Derecho de Integración, pues demuestran que al impugnar un acto administrativo comunitario, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante la acción de nulidad realiza un control de legalidad similar al de un proceso contencioso administrativo. Felipe Idrovo, a su vez, aborda la importancia de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y propone soluciones en caso de desarrollarse un conflicto armado en el espacio ultraterrestre.

Para *USFQ Law Review* es un privilegio y honor contar con autores de excelencia, que han depositado su confianza en nuestra revista para plasmar sus ideas y difundirlas. Además, este Volumen es producto del trabajo de nuestro Comité Editorial, que a través de su compromiso ha demostrado ser parte de esta nueva generación que promete un cambio a través del desarrollo académico y que ha reafirmado el espíritu de la revista, incluso en un contexto inesperado como el que enfrentamos mundialmente este 2020. Además, esta materialización no fuese posible sin el apoyo de nuestros patrocinadores que apuestan por la revista debido a su calidad. Con su aporte, fomentan el desa-

rrollo de la investigación y la academia en la comunidad jurídica. Por último, reconocemos la importante labor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, el cual genera espacios de discusión jurídica e impulsa a sus estudiantes a involucrarse en proyectos académicos.

A nombre del Equipo Editorial, extendemos una cordial invitación a participar en los siguientes volúmenes de *USFQ Law Review* y esperamos que el presente, correspondiente al año 2020, sea de su agrado.

Quito, septiembre 2020

María Alejandra Vera

María Alejandra Vera Saltos
Editora en Jefe

Gustavo Andrés Villacreses Brito
Editor en Jefe

Índice

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Smart contracts y el arbitraje: hacia un modelo de justicia deslocalizado

Smart Contracts and Arbitration: Towards a Delocalized Model of Justice

María Victoria Yépez Idrovo*
María Paz Vela Sevilla**
Bernarda Alegría Haro Aillón***

Recibido / Received: 1/03/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1698

Citación:
Yépez Idrovo, M. V., M. P. Vela Sevilla, y B. A. Haro Aillón. «Smart contracts y el arbitraje: hacia un modelo de justicia deslocalizado». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 01-28, doi:10.18272/ulr.v7i1.1698.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: myepezi@estud.usfq.edu.ec; maria.yepezidrovo@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-9355-5758

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mpvelas@estud.usfq.edu.ec; mariapazvelas@yahoo.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-3331-4626

*** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: bharoa@estud.usfq.edu.ec; bernardaharo1@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-4858-6800

Resumen

La presente investigación analiza la figura de los *smart contracts* o contratos inteligentes, los cuales se caracterizan por su ejecución automática a través de *blockchain.* Se desmiente la creencia de que por ejecutarse automáticamente, estos contratos están exentos de disputas, y se analiza qué tipo de controversias podrían surgir de ellos. El presente trabajo sostiene que el arbitraje posee ciertas características, en particular su deslocalización, flexibilidad y confidencialidad, que lo convierten en el método idóneo para resolver disputas derivadas de *smart contracts,* y analiza cómo dos plataformas han desarrollado mecanismos de resolución de disputas para contratos inteligentes. A la luz del procedimiento adoptado por estas plataformas y de la Teoría General del Arbitraje, se hace un análisis de los desafíos que implica arbitrar este tipo de contratos.

Palabras Clave

Smart contracts; blockchain; arbitraje; deslocalización; resolución de disputas

Abstract

This paper analyzes smart contracts, which are characterized by their automatic execution through blockchain. Despite their automatic execution, these contracts are not exempt from disputes; and the controversies arising from them will be discussed in this paper. This article argues that arbitration has certain characteristics, particularly its detachment from legal orders, flexibility and confidentiality, which make it the ideal method for the resolution of disputes resulting from smart contracts; while it also analyzes how two platforms have developed dispute resolution mechanisms for them. In the light of the procedure adopted by these platforms and the General Theory of Arbitration, this investigation assesses the challenges involved in arbitrating this type of contracts.

Keywords

Smart contracts; blockchain; arbitration; delocalization; dispute resolution

1. Introducción

Hace una década surgió el concepto *smart contract* como un nuevo mecanismo de aproximación a las relaciones negociales que busca prescindir de la intervención estatal y de sus regulaciones. Se trata de contratos inteligentes que se ejecutan automáticamente una vez configurados por las partes en una plataforma digital que utiliza *blockchain*. Por el momento, los *smart contracts* se enfrentan a negocios jurídicos simples, sin embargo, dado el acelerado desarrollo de la tecnología, podrán aplicarse a relaciones jurídicas complejas en el futuro cercano. Debido a la ejecución automática del contrato a través de una plataforma digital, este sistema se presenta como el fin de las controversias contractuales entre privados. No obstante, aquello es un mito.

Lo que sí resulta cierto es que las controversias que se derivan de *smart contracts* no pueden ser resueltas por modelos de justicia tradicionales, particularmente por su naturaleza deslocalizada. En este sentido, este artículo busca dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿qué método de resolución de controversias resulta más idóneo para dirimir disputas derivadas de *smart contracts*?

Para ello, se analiza la tecnología *blockchain* y su aplicación en los contratos inteligentes, así como las principales ventajas y retos que presentan los *smart contracts* en la actualidad. Más adelante, se examina qué tipo de controversias pueden derivarse de *smart contracts* y se desmitifica el supuesto que asegura que los *smart contracts* significan el fin de las controversias negociales, al menos por el momento. A partir de este análisis, el presente artículo sostiene que el arbitraje posee ciertas características, particularmente su transnacionalidad, que le convierten en el método de resolución de conflictos que más se compadece con la estructura de los *smart contracts.* Partiendo de esta premisa, se analiza cómo dos plataformas —*Kleros* y *CodeLegit*— han buscado resolver conflictos derivados de *smart contracts* a través de un modelo de justicia arbitral deslocalizado que utiliza *blockchain* como método idóneo para la resolución de este tipo de controversias. Sin embargo, estos métodos de resolución de disputas presentan numerosos desafíos, los cuales serán examinados. Entre ellos, se destacan la validez del convenio arbitral en un *smart contract,* las implicaciones relacionadas con el debido proceso, y la posibilidad de eliminar el requisito de reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales provenientes de *smart contracts,* dado que estos contratos prescinden totalmente del Estado para resultar efectivos. Se analiza también la situación del Ecuador respecto a los contratos inteligentes, particularmente a raíz de que el Código de Comercio recientemente ha reconocido esta figura. A pesar de no presentar una regulación suficiente, este reconocimiento da luces acerca del sistema ecuatoriano con respecto a la tecnología aplicada a las relaciones negociales y a la solución de los conflictos suscitados en ellas. Finalmente, aunque existen muchos desafíos, se concluye que la resolución de disputas derivadas de *smart*

contracts, requiere de un nuevo modelo de justicia, basado en las características del arbitraje y minimizando la intervención estatal.

2. ¿Qué es un *smart contract*?

2.1. La tecnología de *blockchain*

El concepto de *blockchain* nace en 2009 a partir de la publicación de Satoshi Nakamoto[1] sobre el funcionamiento de la criptomoneda *Bitcoin*, instaurando un sistema deslocalizado para las transacciones comerciales. Nakamoto cuestiona el sistema tradicional basado en la confianza depositada en instituciones financieras y la supervisión de autoridades estatales. Por ello, *Bitcoin* propone realizar transacciones comerciales a través de una red de punto a punto[2], de manera descentralizada y prescindiendo de entidades de control económico[3]. En este punto surgen dos interrogantes: ¿es posible prescindir de instituciones financieras como terceros confiables? y ¿es posible desprenderse de la supervisión estatal? El sistema de *Bitcoin* resuelve ambas interrogantes a partir de la tecnología de *blockchain*.

Blockchain es una base de datos que almacena la información de las transacciones de manera distribuida en una red de pares, lo cual implica que cada participante contiene la totalidad de datos en su computador[4]. Los datos se registran en una cadena de bloques donde cada bloque contiene la totalidad de la información del bloque anterior. La información es inmutable puesto que la cadena de bloques no puede ser modificada sin el consenso de todos los participantes y tampoco permite añadir un nuevo bloque si existe alguna alteración que no coincida con los bloques anteriores. Para ello, el sistema otorga a cada participante una llave secreta —expresada en un código— para consentir y añadir información nueva a la cadena.

Este mecanismo reemplaza el modelo de confianza puesto que los participantes no requieren confiar en la otra parte ni en un tercero intermediario; confían simplemente en la cadena. *Blockchain* es seguro en cuanto impide que los datos de las transacciones sean alterados sin el consentimiento de cada uno de los partícipes. Además, en la medida en que las transacciones se realizan a través de dinero electrónico y el valor de la criptomoneda está

1 Sobre el funcionamiento de *Bitcoin*, *vid.* Champagne, Phil. *El libro de Satoshi. La colección de escritos del creador de Bitcoin Satoshi Nakamoto.* Madrid: Edición Blockchain España, 2014.

2 *Id.,* p. 339. Una red de punto a punto o *peer-to-peer network* es "una arquitectura de red descentralizada y distribuida donde los nodos individuales (computadores/ordenadores) en la red actúan como proveedores y consumidores de recursos. Esto está en contraste con un modelo de cliente-servidor centralizado donde los clientes solicitan recursos del servidor".

3 Traducción libre. Zheng, Zibing *et al.* "An Overview of Blockchain Technology: Architecture, Consensus, and Future Trends". *IEEE Foundation 6th International Congress on Big Data, School of Data and Computer Science*, Sun Yat-sen University Guangzhou, (2017).

4 Traducción libre. Iansiti, Marco y Lakhani, Karim. "The Truth About Blockchain". *Harvard Business Review*, (2017), pp. 118-127.

regulado por el mercado, es posible despojarse del respaldo estatal, así como de sus regulaciones.

2.2. Los contratos inteligentes o *smart contracts*

La tecnología *blockchain* se ha extendido hacia diversos espacios, entre ellos el ámbito de las obligaciones. Con *blockchain,* se desarrolla el concepto de *smart contract*[5] entendido como una "expresión formalizada de un contrato legal, que hace uso de un código para realizar las prestaciones con protocolos que facilitan, verifican y ejecutan los términos del contrato de forma automática"[6]. Se trata de una plataforma digital en la cual se configura el contrato, con la particularidad de que la verificación del cumplimiento de las obligaciones se realiza de forma automática. Al utilizar *blockchain,* la ejecución de las obligaciones se vuelve inevitable dado que los datos ingresados en la cadena son inmutables[7]. Además, los *smart contracts* generalmente requieren de un sistema llamado *oracles*[8], que permite a la plataforma verificar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes de manera automática[9]. Por tanto, en el momento en que se verifican las condiciones o plazos establecidos en el contrato, las obligaciones se ejecutan inmediatamente por la plataforma.

Un *smart contract* podría ser útil en negocios sencillos, como la compra de un billete de avión[10]. Las partes acuerdan, por ejemplo, que se pagará la totalidad del precio del billete si el avión aterriza a tiempo, o, caso contrario, se establecerá una multa del diez por ciento del precio para la aerolínea. En este caso, es indispensable la vinculación del *smart contract* con el sistema de registro de vuelos del aeropuerto, el cual funcionaría como un *oracle*. En este sentido, si el comprador deposita el dinero —necesariamente una criptomoneda— en el *smart contract,* la plataforma suple el rol del tercero confiable, almacenando el dinero hasta que se verifique la condición establecida por las partes. En caso de verificarse el aterrizaje a tiempo, la plataforma desembolsa el cien por ciento del dinero a la aerolínea. Caso contrario, desembolsa el noventa por ciento del precio a la aerolínea y devuelve el diez por ciento al comprador.

---

5 El concepto de *smart contract* es anterior a la tecnología de *blockchain.* En 1997, Nick Szabo desarrolla este concepto. Sin embargo, su desarrollo como plataforma digital surge a partir de la tecnología *blockchain.* Sobre este tema, *vid.* Szabo, Nick. "Formalizing and Securing Relationship on Public Networks". *First Monday Journal.* Volume 2, No. 9 (1997).

6 Traducción libre. Swanson, Tim. *Great Chain of Numbers: A Guide to Smart Contracts, Smart Property and Trustless Asset Management*, p. 11-16. En: Hernández Díaz, Julián Leonardo. *Decodificando el Smart-Contract: Naturaleza Jurídica y Problemas de uso.* 2018, p. 7.

7 Traducción libre. Cieplak, Jenny y Leefatt, Simon. "Smart Contracts: A Smart Way to Automate Performance". *Georgetown LawTech Review.* 417 (2017), p. 417.

8 Los *oracles* son fuentes externas que permiten que el código acceda a elementos del mundo no digital, *vid*. McKinney, Scott A; Landy, Rachel y Wilka Rachel. "Smart Contracts, Blockchain, and the Next Frontier of Transactional Law". *Washington Journal of Law, Technology & Arts,* Volume 13, No. 3 (2018), p. 338

9 Traducción libre. Ortolani, Pietro. "The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads". *Uniform Law Review* Vol. 24 (2019), p. 439.

10 *Ibíd.* Ortolani toma este ejemplo de una propuesta de automatizar la compensación producida por el retraso de vuelos y trenes en Alemania. La propuesta puede ser consultada en: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2018/05010600/57118(B).pdf?__blob=publicationFile&v=1

Este sistema resulta atractivo para los contratantes por múltiples razones. Por un lado, no se necesitan expertos para la formación del contrato, dado que la plataforma integra de manera sencilla las obligaciones asumidas por las partes. Aquello implica la disminución de los costos en cuanto no se requiere de una institución financiera o estatal como consecuencia de su sistema deslocalizado. Adicionalmente, se excluye la necesidad de un tercero imparcial que pueda resolver las disputas puesto que los *smart contracts* tienen la facilidad de estipular multas, cláusulas penales u otro tipo de sanciones derivadas de la verificación del incumplimiento. A pesar de ello, es un mito que se eliminan las controversias al utilizar *smart contracts,* incluso en negocios jurídicos simples.

2.3. Ventajas y retos de este tipo de contratos

La inserción del término *"smart contracts"* en el buscador de *Google* alcanzó su máximo de popularidad a nivel mundial (98%) en mayo de 2018. Apenas diez años atrás, el nivel de interés en estas palabras era significativamente menor (3-15%)[11]. Visiblemente, en los últimos años la atención que se ha brindado a los contratos inteligentes ha despuntado, y no es para menos pues por su inmediatez y otras propiedades, brindan respuesta a muchas de las necesidades del mundo tecnológico y globalizado de la actualidad. Sin embargo, las ventajas de los contratos inteligentes aún se ven parcialmente opacadas por los retos que conlleva su aplicación en la práctica.

El mayor atractivo de este tipo de contratos es su ejecución instantánea. Esto sucede gracias a los llamados agentes de *software*[12], que verifican el cumplimiento de condiciones predeterminadas en el contrato, para así ejecutar las prestaciones de forma automática. Tur Faúndez explica este fenómeno de la siguiente manera:

> [l]a consumación del contrato no siempre depende de la voluntad de las partes, sino que es el propio *software* el que, dándose determinadas condiciones, la lleva a efecto de forma automática. El consentimiento de las partes se plantea *ab initio* y desencadena, o puede desencadenar inexorablemente, la ejecución automática de todas las funciones programadas[13].

La característica de la ejecución instantánea y la inmediatez de estos contratos implica inmutabilidad[14], como una de las grandes ventajas de la tecnología de

11 Esta información fue obtenida de Google Trends, una herramienta del reconocido buscador Google, que permite analizar con qué frecuencia se realiza la búsqueda de un término en particular. La escala de medición es propia de esta plataforma. El servicio informativo se encuentra disponible en el sitio web https://trends.google.com/trends

12 Este es el término que utiliza el *whitepaper* que realizan en conjunto la ISDA (agencia internacional de intercambios y derivados) y Linklaters, un estudio jurídico con sede en varios países. El documento se puede encontrar en el siguiente enlace: https://www.isda.org/a/6EKDE/smart

13 Tur Faúndez, Carlos. Smart Contracts, análisis jurídico, primera edición. Madrid: Editorial Reus, 2018, p. 108.

14 Traducción libre. *Cfr.* Zheng, Zibin *et al.* "An Overview of Blockchain Technology: Architecture, Consensus, and Future Trends". *IEEE 6th International Congress on Big Data*. Congreso llevado a cabo en Honolulu, Hawaii, Estados Unidos, del 25 al 30 de junio de 2017.

blockchain. No obstante, esta genera ciertas consecuencias difíciles de manejar al ser aplicada en el mundo legal, las cuales serán analizadas más adelante.

Otra ventaja de los *smart contracts* es la seguridad que brindan a las partes al realizar transacciones. La verificación de las condiciones preconfiguradas implica realizar un proceso de acreditación previo a la transacción, llevado a cabo por el programa, trátese de una verificación automática mediante el mismo código o a través de *oracles.* Sin duda, esto resulta beneficioso para ambas partes, que pueden confiar en que la ejecución procederá en la forma y tiempo acordados. De esta manera, en caso de que el proceso de acreditación arroje un resultado negativo, el sistema se bloquea y revierte la transacción y así quien ha cumplido con su prestación no se ve perjudicado[15]. El beneficio de la seguridad no está fundado solamente en la eficacia de la ejecución, sino también en el anonimato del que están revestidos los contratantes. En este sentido, cuando dos partes quieren contratar sin que su identidad sea revelada, la mejor forma de hacerlo será a través de contratos inteligentes[16].

Sin embargo, las transacciones a través de nuevas tecnologías todavía presentan varios retos. Uno de ellos es atribuible a un perpetuo problema: los ciberataques. Al estar compuestos de *blockchain*, los contratos inteligentes son más seguros, no obstante, las plataformas que proveen el servicio de creación de estos contratos también son susceptibles de ataques. A pesar de que la tecnología *blockchain* es difícil de descifrar por su información encriptada e inmutable, eso no significa que es impenetrable. El 7 de noviembre de 2017, Parity Technologies, una firma que se especializa en el control de pagos en criptomonedas a través de *multi signature wallets*[17], sufrió un ataque cibernético que afectó a varias de las carteras que maneja. Al ser esta una firma que asegura Ethers[18], este ciberataque llevó finalmente a la afectación de Ethereum, plataforma que perdió una cantidad de cibermonedas valorada en treinta millones de dólares gracias al descubrimiento de una vulnerabilidad en el código de su cadena de bloques[19]. Estos casos demuestran que, si bien estos programas son más seguros que los contratos tradicionales por la forma de su ejecución, todavía adolecen de problemas inherentes a su estructura.

15 Traducción libre. *Cfr*. Vannieuwenhuyse, Gauthier. "Arbitration and New Technologies: Mutual Benefits". *Journal of International Arbitration*, Volume 35, No. 1 (2018), pp. 119-130.

16 *Ibíd*.

17 Las *multi signature wallets* o carteras de cybermonedas son programas de software que guardan las llaves privadas del usuario para que este pueda acceder a sus activos digitales mientras los mismos se encuentran monitoreados por otros usuarios de la cadena de bloques que forman estas carteras. *Vid*. Goforth, Carol. "The Lawyer's Cryptionary: A Resource for Talking to Clients about Crypto-transactions". *Campbell Law Review,* Volume 41, No. 1 (2019), pp. 47-122.

18 El Ether es la criptomoneda que la plataforma de resolución de disputas derivadas de *smart contracts,* Ethereum, creó para que los intercambios que se realicen en esta moneda se ejecuten automáticamente. Traducción libre. *Cfr*. Buterin, Vitalik. "A next-generation smart contract and decentralized application platform," white paper (2014).

19 Traducción libre. *Cfr*. Nguyen, Xuan-Thao. "Lessons from Case Study of Secured Transactions with Bitcoin". *SMU Science and Technology Law Review*, Volume 21, No. 2 (2018), pp. 181-204.

2.4. ¿Qué tipo de disputas se originan de los *smart contracts*?

La característica básica de los *smart contracts* es que se ejecutan automáticamente, sin necesidad de la intervención de las partes o de un tercero. A primera vista, se podría pensar que esta característica elimina la posibilidad de que se originen controversias en torno a estos contratos. Sin embargo, esto no ocurre. En primer lugar, puede existir una controversia en torno a la validez del *smart contract*, particularmente en relación con la capacidad de las partes. Dado que un *smart contract* generalmente es anónimo u opera mediante el uso de pseudónimos, impide validar la capacidad de las partes para poder obligarse[20].

Otro problema que tiene que ver con la validez del *smart contract* es el relacionado con su objeto. En principio, como el contrato se ejecuta automáticamente, las partes podrían convenir en un negocio que tenga objeto ilícito. Ha habido casos de transacciones ilegales a través de *blockchain.* El más famoso quizás es el de *SilkRoad*. Esta empresa, creada en 2011, era un mercado negro de la *dark web*, mediante el cual las personas podían comprar cualquier cosa, incluyendo documentos de identidad falsificados, drogas y armas. La mayoría de las transacciones realizadas en este sitio web, que ascienden a un monto de doscientos millones de dólares, fueron pagadas con *Bitcoin,* lo cual permitía que las partes sean anónimas y prácticamente imposibles de rastrear[21]. Si bien *SilkRoad* fue descubierto y cerrado debido a la fama que empezaba a tener, de este caso surge la interrogante respecto de cómo se pueden regular los *smart contracts* para que no sean utilizados como herramientas para llevar a cabo actividades ilícitas.

En segundo lugar, pueden surgir controversias relacionadas con las limitaciones del sistema de códigos que emplean los *smart contracts.* Estas controversias se podrían dar no solo entre las partes, sino, sobre todo, entre las partes y el programador del *smart contract,* si no logra plasmar en código la verdadera voluntad de las partes[22]. En este caso, el contrato se ejecutaría automáticamente, incluso en términos distintos de los que las partes querían, lo cual llevaría a un problema de interpretación que debería resolver un tercero, además de una acción en contra de quien programó el código. Este error en la programación se puede dar por falta de experticia, pero también por el hecho de que el lenguaje jurídico suele ser complicado. Se usan expresiones complejas y referencias a

---

20 Traducción libre. *Cfr.* Shehata, Ibrahim. "Arbitration of Smart Contracts Part 1: Introduction to Smart Contracts". *Kluwer Arbitration Blog,* 23 de agosto de 2018. Disponible en: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/23/arbitration-smart-contracts-part-1/ (acceso: 12/11/19).

21 Traducción libre. *Cfr.* Huddleston Jr, Tom. *This Ohio man is accused of trying to launder $19 million of bitcoin from the dark web,* 23 de julio de 2019. https://www.cnbc.com/2019/07/23/man-accused-of-laundering-millions-in-bitcoin-from-silk-road.html (acceso: 23/11/2019).

22 Traducción libre. *Cfr.* Kaulartz, Markus. "Blockchain, law, blockchainlaw?". Conferencia llevada a cabo en la Humboldt-University Berlin, Alemania, el 25 de febrero de 2018. Obtenido de: https://www.youtube.com/watch?v=N4jtK4HaKfQ&t=1768s

conceptos abstractos que pueden ser difíciles de interpretar y traducir a código[23]. Otro problema de interpretación surge respecto del uso de conceptos jurídicos indeterminados[24], como el estándar del "buen padre de familia" o la "buena fe". El problema se da porque el *smart contract*, al funcionar a través de un lenguaje binario, no está en capacidad de interpretar el alcance de dichos conceptos, por lo que se necesitaría de un tercero que pueda interpretarlos en caso de surgir una disputa en torno a ellos. Además, es importante puntualizar que el *smart contract* utiliza datos que provienen de *oracles* y se limita a aplicarlos para determinar cómo se ejecuta el contrato. Podría ser que esta información sea errónea, lo cual implicaría que el contrato se podría ejecutar de una manera diferente a la verdadera voluntad de las partes[25]. Finalmente, el *smart contract* no está exento de que pueda haber defectos o *bugs* dentro del sistema informático que utiliza, lo cual también puede llevar a una controversia.

Cabe mencionar también que pueden surgir controversias por la inmutabilidad y por la ejecución automática que caracterizan a los *smart contracts,* sobre todo en el contexto de contratos más complejos que deban ser ejecutados a lo largo del tiempo. Los contratos pueden ser afectados por causas supervinientes que afecten la posibilidad de cumplimiento de las partes, como la fuerza mayor o el caso fortuito, que el Código Civil define como el "imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."[26]. Sin embargo, dado que el *smart contract* se ejecuta automáticamente cuando se cumplen las condiciones que integran las obligaciones de las partes, se ejecutaría incluso en supuestos en los que las partes estarían en imposibilidad de cumplir. Para evitar la ejecución automática en estos supuestos, se recomienda que las partes incluyan en su *smart contract* todas las causas que crean que puedan modificar su contrato[27], al igual que los supuestos que causarían una imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones [28]. Aquello significa que las partes deben hacer un arduo trabajo de investigación durante la etapa pre-contractual para poder determinar la mayor cantidad de estos supuestos que puedan afectar la ejecución del contrato, incluso supuestos imprevistos como aquellos de fuerza mayor o caso fortuito. Se puede afirmar, siguiendo el criterio de Sklaroff, que los *smart contracts,* si bien reducen costos en la etapa de ejecución, implican mucho más costo en la etapa pre-contractual porque las tratativas serán necesariamente más extensas al tener las partes que investigar y negociar todos los posibles supuestos que puedan afectar a su contrato[29].

23 Traducción libre. *Cfr.* Mik, Eliza. "Smart contracts: terminology, technical Limitations and real world complexity". *Law, Innovation and Technology*, Vol. 9, No. 2, (2017), p. 17.

24 *Ibíd.*

25 Traducción libre.*Cfr.* Shehata, Ibrahim. "Arbitration of Smart Contracts…". *Óp. cit.*

26 Código Civil. Artículo 30. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

27 Mejía, Juan Carlos. "El Contrato y las Nuevas Tecnologías". Conferencia llevada a cabo en la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador, 07 de noviembre de 2019.

28 Traducción libre. *Cfr.* Tjong Tjin Tai, Eric. "Force majeure and excuses in smart contracts". *Tilburg Private Law Working Paper Series* N. 10 (2008), p. 12.

29 *Id.,* p. 17.

En definitiva, puede surgir una disputa cuando las partes no hayan podido establecer *ex ante* algún supuesto que afecte el cumplimiento de la obligación: ¿podría el deudor demandar ante un juez o tribunal arbitral la exención de responsabilidad por caso fortuito en estos casos? El profesor Eric Tjong Tjin Tai, por ejemplo, sostiene que no. Para este autor, en los supuestos que no hayan sido programados dentro del *smart contract*, el deudor tendrá que asumir el riesgo, por lo que enfatiza la importancia de realizar la mejor investigación posible en la etapa pre-contractual[30].

Hay quienes afirman que se podría simplemente incorporar una cláusula en el *smart contract* estableciendo que el deudor queda exento de responsabilidad en "casos de fuerza mayor" para evitar tener que enumerar exhaustivamente los supuestos que podrían integrar el concepto de fuerza mayor o caso fortuito. Sin embargo, el *smart contract*, al funcionar solo con lenguaje binario, no está en la capacidad de determinar si cierto evento constituye o no un caso de fuerza mayor o caso fortuito. Por esta razón, si se incorporara esta cláusula, necesariamente se tendría que contar con la intervención de un tercero, sea este un juez o un árbitro, que realice dicha determinación, y se estaría entonces eliminando la característica básica de los *smart contracts*: la ejecución automática[31].

El problema relacionado con la inmutabilidad de los *smart contracts* se puede apreciar de manera incluso más clara respecto de ciertos eventos que son imprevistos e imprevisibles y que alteran de forma fundamental el equilibrio contractual, sin imposibilitar el cumplimiento, pero tornando a la obligación de una parte excesivamente onerosa. Cuando se producen estos eventos, en el derecho contractual se puede revisar el contrato en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y del principio de buena fe[32]. Sin embargo, en el caso de los *smart contracts,* como las partes no pudieron haber previsto las circunstancias supervinientes que rompieron el sinalagma contractual, el contrato se ejecutaría automáticamente en estos casos, a pesar de la cláusula *rebus sic stantibus.* Surge entonces la pregunta de si la parte perjudicada por el desequilibrio contractual podría demandar ante un juez o ante un tribunal arbitral la aplicación de la teoría de la imprevisión[33].

3. *Smart contracts:* hacia un nuevo tipo de justicia

Las formas tradicionales de resolver conflictos han resultado insuficientes con el advenimiento de la era digital. Por ello, plataformas como PayPal o eBay han desarrollado mecanismos de solución de conflictos en línea que

30 Traducción libre. *Cfr.* Tjong Tjin Tai, Eric. "Force Majeure…". *Óp. cit.,* p. 13.
31 *Id.,* p. 12; y Traducción libre. *Cfr.* Mik, Eliza. "Smart Contracts: Terminology…". *Óp. cit.,* p. 12.
32 *Cfr.* Simone, Carmen Amalia. "El hardship en la contratación comercial internacional". *Foro,* número 5, (2006), p. 83.
33 Traducción libre. *Cfr.* Tjong Tjin Tai, Eric. "Force Majeure…". *Óp. cit.,* p. 16.

se adapten a la realidad de sus negocios[34]. Los *smart contracts* representan una forma completamente diferente de aproximarse a las relaciones negociales, y no estando exentos de disputas, requieren de un mecanismo de solución de controversias que comprenda cómo funcionan este tipo de contratos.

3.1. Un sistema de justicia deslocalizado

La justicia ordinaria definitivamente no es un mecanismo idóneo para resolver controversias derivadas de *smart contracts*, sobre todo por el carácter deslocalizado de estos. Al ejecutarse automáticamente por medio de *blockchain,* los *smart contracts* no necesitan estar anclados a un sistema legal para ser cumplidos. Además, las transacciones que se realizan a través de *smart contracts* involucran generalmente a personas que están en lugares geográficos distintos y que no conocen la identidad de su contraparte contractual. Al no conocer la identidad de la contraparte, al menos en el caso ecuatoriano, las normas procesales sobre la demanda y la citación, que requieren de la identificación del demandado, resultan inaplicables[35], lo cual impediría que siquiera pueda existir un proceso. Además, por esta deslocalización, una vez que surge una controversia derivada de un *smart contract*, establecer una ley nacional aplicable es sumamente complicado[36]. Tomando en cuenta el carácter deslocalizado de los *smart contracts*, lo ideal sería que el mecanismo de resolución de disputas derivado de ellos también sea independiente de una ley nacional, y que la decisión que emane de dichos mecanismos, al igual que el *smart contract*, se ejecute automáticamente. El arbitraje, a través de la teoría de la deslocalización, da luces para llegar a un sistema de resolución de disputas adecuado para los *smart contracts.*

3.2. El arbitraje y la teoría de la deslocalización

Un arbitraje puede ser nacional o internacional[37]. En el arbitraje internacional, las partes son libres de escoger la sede del arbitraje[38]. Existen algunas teo-

34 Traducción libre. Ast, Federico *et al. Dispute Revolution: A New Justice Paradigm in an Old World*, p. 157. En *Dispute Revolution: The Kleros Handbook of Decentralized Justice,* 2009, https://ipfs.kleros.io/ipfs/QmZeV32S2VoyUnqJsRRCh75F1fP2AeomVq2Ury2fTt9V4z/Dispute-Resolution-Kleros.pdf

35 En el caso del Ecuador, esta inaplicabilidad se ve en el artículo 142.4 del Código Orgánico General de Procesos, que requiere que en la demanda consten necesariamente los nombres y apellidos del demandado. *Vid.* Código Orgánico General de Procesos. Artículo 142.4. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015. De igual manera, esta inaplicabilidad se ve en el diseño del procedimiento arbitral en el Ecuador, que también requiere que en la demanda se identifique al actor y al demandado. *Vid.* Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 10. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

36 Traducción libre. *Cfr*. Vannieuwenhuyse, Gauthier. "Arbitration and New Technologies…". *Óp. cit.,* pp. 119-130.

37 Por ejemplo, en el caso de Ecuador, para que un arbitraje sea internacional, las partes tienen que haber pactado arbitraje internacional, y además, debe estar presente un elemento objetivo, el cual puede consistir en que las partes estén domiciliadas en estados diferentes; en que el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en el que, por lo menos una de las partes, está domiciliada; o simplemente en que el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea arbitrable. *Vid.* Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 41. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

38 *Vid.* Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2006). Artículo 20; y Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 42. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

rías relacionadas con el concepto de "sede del arbitraje". En primer lugar, está la teoría territorialista de la sede, propuesta por Francis Mann. Mann sostiene que "arbitraje internacional es un error de nomenclatura, pues todo arbitraje está sujeto a un sistema específico de derecho nacional"[39], lo cual significa que el Estado de la sede del procedimiento "tiene competencia para regular todas las actividades que tengan lugar dentro de su ámbito, y ello incluye al arbitraje"[40]. De acuerdo con esta teoría, la validez del laudo depende de la legislación de la sede del arbitraje, y los jueces de la sede del arbitraje son los que asisten y colaboran con el procedimiento arbitral.

Por otro lado, está la teoría de la deslocalización del arbitraje, propuesta por el profesor Fragistas, argumentando que en el arbitraje internacional las partes "desligan al arbitraje del derecho nacional y lo someten directamente al derecho internacional"[41]. De esta manera, un arbitraje internacional no dependería de ninguna ley nacional, por lo que las partes tendrían la libertad de diseñar su procedimiento arbitral como ellas deseen, estando únicamente limitadas por el orden público internacional. Esta teoría considera además que el árbitro puede desconocer la ley de la sede porque "no está investido de poder por el Estado en el cual la sede se encuentra y, por lo tanto no tiene la obligación de respetar las leyes de policía o de procedimiento de dicho lugar", y porque "su preocupación se circunscribe a velar por el respeto de la voluntad de las partes y de la comunidad internacional"[42]. El derecho de la sede es entonces irrelevante: la selección de la sede responde más que nada a una cuestión de conveniencia física o a un deseo de neutralidad del procedimiento arbitral[43]. Esta teoría ha sido acogida por las cortes francesas[44].

En el caso *Götaverken Arendal AB c. Libyan General National Maritime Transport Company*, que consistió en un arbitraje con sede en París y bajo el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante Reglamento CCI), la compañía de transporte de Libia planteó una acción de nulidad ante las cortes francesas, mientras que Götaverken buscaba la ejecución del laudo en Suecia. La compañía de transporte de Libia sostuvo que el laudo no podía ser ejecutado hasta que se resuelva la acción de nulidad planteada en Francia, es decir, consideraba que el procedimiento arbitral y el laudo estaban sometidos al derecho de la sede. Por otro lado, Götaverken argumentó que las cortes francesas no tenían jurisdicción respecto de ese laudo, ya que el laudo no tenía relación alguna con Francia y la elección de la sede fue simple-

39 González de Cossío, Francisco. Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, homenaje a Don Raúl Medina Mora, p. 30.
40 *Ibíd.*
41 *Id.,* p. 34.
42 Vázquez Palma, María Fernanda. "Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección". *Revista Chilena de Derecho Privado* N. 16 (2011), p. 94.
43 *Cfr.* González de Cossío, Francisco. Sobre la naturaleza…*Óp. cit.,* pp. 36.
44 Traducción libre. *Cfr.* Paulsson, Jan. "Arbitration unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin". *International & Comparative Law Quarterly* (1981) Vol. 30, número. 2, p. 359.

mente por tener una garantía de neutralidad[45]. Además, el Reglamento CCI no prescribe que en caso de falta de estipulación de las partes se aplica la ley de la sede[46]. La Corte de Apelaciones de París recogió la posición de Götaverken y se declaró incompetente para conocer la acción de nulidad porque consideró que el laudo expedido dentro de ese arbitraje era un laudo internacional que no estaba sujeto a la jurisdicción de las cortes francesas, ya que las partes no tuvieron la intención de someterse a la ley procesal francesa[47].

La implicación más importante de este caso es que el laudo puede ser completamente independiente de la ley de la sede del arbitraje. Lo que importa es la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin necesidad de someterse a una ley en específico. La única ley que importaría en el arbitraje sería la del lugar en donde se busca ejecutar el laudo[48]. Sin embargo, es cierto que si los ordenamientos jurídicos no reconocen la deslocalización del arbitraje como lo hacen las cortes francesas, este puede ser difícilmente practicable, porque el artículo V.1.e de la Convención de Nueva York permite a los Estados negar la ejecución de un laudo que ha sido anulado en sede[49].

Además, de aceptarse la teoría de la deslocalización, podrían surgir dos problemas: primero, ¿cómo evitar pronunciamientos contradictorios e inseguridad para las partes, en cuanto se puede obtener la ejecución de un laudo y también obtener su anulación en sede?; y segundo ¿qué autoridad sería la llamada a resolver la acción de nulidad? Para esta segunda pregunta, Paulsson sugiere que sea el juez de la sede del arbitraje, pero que controle el laudo con base en estándares mínimos internacionales, sin tener que aplicar la legislación nacional de la sede[50].

Los *smart contracts,* teniendo una naturaleza deslocalizada, necesitan la aplicación de un sistema deslocalizado para resolver disputas, como el modelo que ofrece el arbitraje transnacional. Es evidente que la aplicación de la teoría territorialista de la sede a los *smart contracts* no tiene sentido. Al contratar a través de *blockchain,* un sistema deslocalizado, las partes no han tenido la intención de someterse a un sistema jurídico en particular, sino más bien des-

45 *Id.,* p. 364.

46 Hasta 1975, el derecho de la sede sí se aplicaba ante el silencio de las partes bajo el Reglamento CCI, *vid.* Paulsson, Jan. "Arbitration unbound…" *Óp. cit.,* p. 365. Es importante notar que la Convención de Nueva York en su artículo V.1.d establece que se podrá negar el reconocimiento y la ejecución del laudo cuando la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo de las partes, o en defecto de tal acuerdo, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje, *vid.* Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958). Artículo V.1.d. De esta norma se desprende que el acuerdo de las partes prevalece por sobre el derecho de la sede, pero en caso de que las partes omitan una estipulación al respecto, se aplica el derecho de la sede. En aquellos casos entonces en los que se aplique solo la Convención de Nueva York, es posible que el arbitraje deslocalizado sea difícilmente practicable.

47 De hecho, aplicando la teoría de la deslocalización del arbitraje, las cortes francesas han tolerado disposiciones contrarias al orden público francés en el contexto del arbitraje internacional. La Corte de Casación ha dicho que se les reconoce tanta libertad a las partes en el arbitraje porque lo que se busca en el comercio internacional es no estar sometido a una ley nacional. Traducción libre. *Cfr.* Paulsson, Jan. "Arbitration unbound…" *Óp. cit.,* pp. 366-367.

48 *Ibíd.*

49 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958). Artículo V.1.e.

50 Traducción libre. *Cfr.* Paulsson, Jan. "Arbitration unbound…" *Óp. cit.,* p. 384.

localizarse de las leyes nacionales. Si bien la aplicación de la teoría de la deslocalización del arbitraje resulta ideal, los *smart contracts* requieren que esta vaya un paso más allá. Si los *smart contracts* se ejecutan automáticamente, el tener que ir donde un juez para que reconozca y ejecute un laudo que resuelva una disputa derivada de este tipo de contratos sería desnaturalizarlos. Por ello, lo que necesitan los *smart contracts* es un sistema que sea completamente deslocalizado, es decir, que en ningún momento tenga que depender de un Estado, ya sea para la decisión en cuanto a su validez, como para su ejecución y reconocimiento. Como se explicará más adelante, dos plataformas han buscado desarrollar dicho sistema.

3.3. Otras ventajas que ofrece el arbitraje para resolver disputas derivadas de *smart contracts*

Aparte de la deslocalización del arbitraje, que resulta indispensable para la resolución de controversias derivadas de *smart contracts,* este método alternativo de solución de conflictos presenta otras ventajas que lo hacen ideal para ser aplicado a estos contratos. Una de las características y atractivos más importantes del arbitraje es su flexibilidad[51]. Esa flexibilidad permite que las partes puedan diseñar su propio procedimiento arbitral, de acuerdo con las necesidades específicas de su negocio. Al ser los *smart contracts* una figura nueva, no es conveniente que las disputas relacionadas con ellos se resuelvan por medio de reglas procesales rígidas, sino por reglas procesales que respondan de mejor manera a las necesidades de las partes. Por ejemplo, mientras que en justicia ordinaria la voluntad de las partes no interviene en el proceso de designación del juez al que le va a corresponder decidir el conflicto, en arbitraje las partes pueden designar ellas mismas a sus árbitros. Esta característica del arbitraje es particularmente útil respecto de los *smart contracts*, ya que, resolver disputas en torno a estos contratos, va a implicar discutir sobre asuntos técnicos que requerirán conocimientos específicos en sistemas informáticos y particularmente, en cómo funciona *blockchain.* Por la flexibilidad del arbitraje, las partes podrían escoger a un árbitro que consideren que tenga los conocimientos técnicos adecuados para poder resolver de mejor manera su controversia[52].

Otra de las ventajas del arbitraje es la confidencialidad. El principio de confidencialidad implica que todos los participantes del arbitraje deben abstenerse de revelar la información y los documentos producidos dentro del proceso arbitral[53]. El sentido de este principio es proteger el buen nombre y

51 Una encuesta llevada a cabo por la Universidad Queen Mary de Londres estableció que la característica más notable para los usuarios del arbitraje internacional, después de la descentralización (64%), es su flexibilidad (38%). *2015 International Arbitration Survey Improvements and Innovations in International Arbitration* QMUL (2015). Estos datos fueron obtenidos de: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/index.html

52 Traducción libre. *Cfr.* Vannieuwenhuyse, Gauthier. "Arbitration and New Technologies…". *Óp. cit.,* p. 119-130.

53 Traducción libre. *Cfr.* Born, Gary. *International Commercial Arbitration,* Volume II. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2009, pp. 2251-2252. Citado en Silva Romero, Eduardo. "De la obligación de confidencialidad en el arbitraje internacional

la reputación de las partes involucradas en un arbitraje, por lo que resulta muy atractivo para los comerciantes. Al igual que el arbitraje, *blockchain* es confidencial por el lenguaje codificado que utiliza, que impide que personas diferentes a las partes del *smart contract,* conozcan la información relativa a su negocio[54]. Además, es importante notar que, ya que las partes actúan generalmente de manera anónima o mediante seudónimos, no habría manera de incumplir con la confidencialidad porque, en todo caso, la reputación de la parte estaría a salvo. Solucionar controversias derivadas de *smart contracts* por medio de un procedimiento arbitral sería ideal para garantizar la confidencialidad que caracteriza a este tipo de contratos.

4. ¿Qué mecanismos de resolución de disputas se han propuesto para los *smart contracts*?

Considerando los beneficios que tiene el arbitraje, se ha propuesto que las controversias derivadas de los *smart contracts* se solucionen a través de una suerte de arbitraje, que, al igual que los *smart contracts,* funcione a través de *blockchain,* lo cual permite que la solución sea rápida y conectada al *smart contract.* Para ello se han diseñado algunas plataformas que desarrollan *smart contracts* e incluyen al arbitraje para solucionar las controversias derivadas de ellos. La mayoría de estas plataformas se encuentran aún en proceso de desarrollo, es decir, son proyectos. Sin embargo, permiten entender cómo se ha buscado adaptar los mecanismos de solución de disputas tradicionales a la nueva realidad que representan los *smart contracts.* A continuación, se explicará el funcionamiento de dos plataformas: *Kleros* y *CodeLegit.*

4.1. *Kleros*

Kleros es una aplicación descentralizada que funciona con base en *Ethereum blockchain*, que propone un sistema de arbitraje para resolver disputas derivadas de *smart contracts. Kleros* significa "aleatoriedad" en griego, y el concepto que utiliza esta plataforma se remonta justamente a cómo funcionaba la justicia en Atenas. En la Atenas de la antigua Grecia, quienes resolvían las disputas eran ciudadanos ordinarios. Cuando querían actuar como árbitros, lo que tenían que hacer era insertar una pieza de identificación llamada *pinakion* en una máquina, la cual permitía la elección de los árbitros por sorteo. Una vez seleccionados, los árbitros eran pagados por su trabajo[55]. *Kleros,* al funcionar a través de *crowdsourcing* —es decir, que los usuarios de la plataforma son quie-

y materias aledañas". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* Num. 5 (2013), p. 137.

54 Traducción libre. *Cfr.* Vannieuwenhuyse, Gauthier. "Arbitration and New Technologies…". *Óp. cit.,* pp. 119-130.

55 Traducción libre. *Cfr.* Ast, Federico y Lesaege, Clément. *Kleros, a protocol for a Decentralized Justice System*, pp. 24. En: *Dispute Revolution: The Kleros Handbook of Decentralized Justice,* marzo de 2019. Disponible en: https://ipfs.kleros.io/ipfs/QmZeV32S2VoyUnqJsRRCh75F1fP2AeomVq2Ury2fTt9V4z/Dispute-Resolution-Kleros.pdf

nes dirimen las controversias— toma el concepto de que quienes dirimen las disputas son los propios ciudadanos.

Kleros también utiliza conceptos de la Teoría de Juegos para desarrollar su sistema de resolución de controversias. El concepto clave de la Teoría de Juegos que emplea esta plataforma es el *Schelling Point*, desarrollado por Thomas Schelling. Este autor estableció que aun cuando las personas no se conocen y por lo tanto no se tienen confianza, al momento de tomar una decisión en conjunto, encontrarán *focal points.* Estos *focal points* reflejan la expectativa que tiene cada persona sobre lo que la parte con la que está interactuando, espera de ella. En el experimento que condujo Schelling para desarrollar este concepto, les decía a dos personas que no se conocen y no pueden comunicarse entre ellas, que se tienen que encontrar en Nueva York, sin especificar un lugar ni una hora. A pesar de la falta de comunicación y confianza entre las partes, encontró que la respuesta más frecuente que daban las personas era "al mediodía en el módulo de información de la Terminal Grand Central"[56]. A raíz de esto concluyó que, siendo este un punto frecuente de encuentro, cuando una parte decidía encontrarse allí con la otra, lo hacía porque era lo que pensaba que la otra esperaba de ella. Aplicando este concepto a la resolución de disputas, de acuerdo con esta teoría los árbitros van a emitir un voto honesto y justo porque eso es lo que creen que los demás esperan de ellos[57]. La aplicación del *Schelling Point* en *Kleros* será explicada detalladamente más adelante.

En cuanto al procedimiento de resolución de disputas, para que la controversia se resuelva a través de *Kleros,* en el *smart contract* se debe incluir una cláusula de resolución de controversias en la que se establezca que *Kleros* resolverá cualquier tipo de controversia que se derive del contrato, lo cual se puede asimilar al contenido de un convenio arbitral. En esta cláusula, las partes especifican cuántos árbitros quieren que resuelvan su eventual disputa. Una vez que surge la disputa, la parte que se siente perjudicada debe pulsar el botón "*send to arbitration"* dentro del *smart contract* y llenar un formulario explicando su pretensión. Para poder iniciar el procedimiento, se tiene que hacer un depósito por el valor de los honorarios de los árbitros, los cuales dependerán de la complejidad de la disputa[58]. Como se mencionó anteriormente, para ser escogidos los árbitros tienen que pagar cierta cantidad de una criptomoneda llamada *pinakion* (cuyo nombre fue tomado de la ficha que se utilizaba en Atenas)*,* a la plataforma. Mientras más *pinakia* paga un árbitro,

56 *Ibíd.*

57 Traducción libre. *Cfr.* Schimtz, Amy J. y Rule, Colin. "Online Dispute Resolution for Smart Contracts". *Journal of Dispute Resolution* 103 (2019). Disponible en: https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1726&context=facpubs

58 En este punto, es importante mencionar que a *Kleros* le parece irrelevante quién hace el depósito. Mientras que se paguen los honorarios de los árbitros, se pueden distribuir los costos de varias maneras. Por ejemplo, podría ser que el contrato estipule que ambas partes hagan un depósito por el valor total de los honorarios de los árbitros, pero que la parte que gane el caso sea reembolsada. Otra opción, que parecería la más lógica en principio, es que las partes se dividan el costo en partes iguales. Traducción libre. *Cfr.* Ast, Federico y Lesaege, Clément. *Kleros, a protocol … Óp. cit.,* p. 31.

hay más probabilidad de que sea escogido para dirimir la disputa. Los árbitros participan de este sistema porque tienen el incentivo económico de que, si son seleccionados, recibirán honorarios (a través de *pinakia)* a cambio de su decisión. Además, es importante notar que dependiendo del tipo de disputa, *Kleros* ofrece "cortes especializadas": así, si se trata de una controversia en cuanto a la programación de *software*, el *smart contract* hará que la disputa sea dirimida por árbitros que tengan conocimiento de este tema. Los árbitros, al pagar para ser seleccionados, eligen una de las cortes especializadas de acuerdo con su experiencia[59].

Una vez seleccionados, los árbitros reciben una notificación con la evidencia del caso y se les da un plazo para resolver. Estos expresan su decisión por medio de una votación, y el *smart contract* les da algunas opciones de resolución de la disputa. Por ejemplo, reembolsar a la actora o pagar al demandado, lo cual significaría reanudar la ejecución del contrato. Es importante considerar que, al momento de votar, los árbitros deben justificar su decisión. El voto de un árbitro no es visible para los demás, de suerte que la decisión de cada árbitro sea independiente. Además, no pueden comunicarse entre ellos. Una vez que todos han votado, o el término para decidir concluye, se revelan los resultados, y la opción que cuente con mayoría simple es la que gana. En este punto del procedimiento, intervienen otra vez los *pinakia.* Los árbitros tienen el incentivo económico de emitir una decisión lo más razonable, honesta y equitativa posible porque *Kleros* penaliza a los árbitros que no coinciden con el voto de mayoría; no recibirán honorarios y se les quitarán algunos *pinakia*[60]. Además, aquí se refleja el concepto del *Schelling Point* porque los árbitros van a votar de forma honesta y lo más justa posible dado que eso es lo que esperan que hagan los demás, y es importante para ellos que coincidan con la mayoría para poder recibir sus honorarios. Ahora, es verdad que un árbitro honesto puede no coincidir con la opción que escoge la mayoría en ciertos casos, sin embargo, los creadores de *Kleros* sostienen que, siempre que en la mayoría de casos estos árbitros honestos y justos reciban sus honorarios, el sistema funcionará porque seguirán teniendo el incentivo económico para participar[61].

Las partes también tienen la posibilidad de apelar la decisión. Sin embargo, en apelación se tiene el doble de árbitros que en primera instancia, por lo que también se tiene que pagar a los nuevos árbitros. Además, los costos de la

---

59 Traducción libre. *Cfr.* Dimov, Daniel y Ast, Federico. *Is Kleros a Fair Dispute Resolution System?*, p. 177. En *Dispute Revolution: The Kleros Handbook of Decentralized Justice,* marzo de 2019. Disponible en: https://ipfs.kleros.io/ipfs/QmZeV32S2VoyUnqJsRRCh75F1fP2AeomVq2Ury2fTt9V4z/Dispute-Resolution-Kleros.pdf

60 *Ibíd.* En este punto, es importante aclarar que, si bien *Kleros* no les exige a los árbitros acreditar que en realidad son expertos en una determinada materia, utiliza incentivos económicos para asegurar la experticia de los árbitros. Ya que los árbitros deben elegir una corte para la cual se consideran adecuados, si en realidad no tienen conocimientos y no coinciden con el voto de mayoría, van a perder dinero y van a abandonar el sistema. De esta manera, *Kleros* garantiza que los árbitros que permanecen en el sistema son aquellos que cumplen con criterios de experticia en determinadas materias.

61 Traducción libre. *Cfr.* Ast, Federico, Lesaege, Clément y George, William. "Kleros", p. 8. Disponible en: https://kleros.io/whitepaper.pdf

apelación aumentan en proporción a cuántas veces una misma parte apela, lo cual significa también que se pueden producir varias apelaciones dentro de un mismo proceso. Sin embargo, dado que este procedimiento representa costos más altos, desincentiva la apelación[62].

4.2. *CodeLegit*

Otra plataforma que está desarrollando un mecanismo de resolución de conflictos derivados de *smart contracts* es *CodeLegit.* Esta plataforma emplea lo que llama *Blockchain Arbitration Rules,* que están basadas en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI)[63], y que fueron desarrolladas por Markus Kaulartz. A través de estas reglas, se busca adaptar el arbitraje a la realidad de *blockchain.* El procedimiento que ha ideado esta plataforma se explica a continuación.

Se ha propuesto que los *smart contracts* desarrollados usando esta plataforma contengan un "*Arbitration Library*", que sería el programa que estaría conectado al *smart contract* y que permitiría que se desarrolle el arbitraje. Dentro de su *smart contract,* las partes tendrían un período de gracia para presentar una objeción durante la ejecución del contrato, por si encuentran algún error en la misma[64]. Al momento en que una de las partes presenta dicha objeción, iniciaría el arbitraje y el *Arbitration Library* le notificaría a la autoridad nominadora[65] establecida en las *Blockchain Arbitration Rules* para que envíe a las partes un listado de árbitros o para que ella los designe en caso de que las partes no se pongan de acuerdo. Los árbitros designados por la autoridad nominadora serían personas con conocimiento legal y técnico en cuanto a cómo funcionan los *smart contracts.* Es importante notar que todas las comunicaciones realizadas dentro del arbitraje se realizarían por el medio escogido por las partes y serían confidenciales. Una vez designado el árbitro, la parte actora presenta su demanda y la envía al árbitro y a la contraparte. Luego, el demandado envía su contestación al actor y al árbitro. Las partes podrían incluso modificar tanto la demanda como la contestación a la demanda.

Para que el árbitro dirima la disputa, el *Arbitration Library* le envía la información del *smart contract.* Además, podría solicitar información adicional a

62 *Id.,* p. 7.

63 Traducción libre. *Cfr.* CodeLegit. "CodeLegit Conducts First Blockchain-based Smart Contract Arbitration Proceeding", 16 de julio de 2017, https://codelegit.com/tag/arbitration-library/

64 *Ibíd.* Lo bueno de que exista un período de gracia es que implica que no se va a poder dilatar mucho la ejecución del *smart contract.* Sin embargo, para cuando existan contratos más complejos que se cumplan en el tiempo, el período de gracia puede constituir una limitación, ya que pueden surgir causas supervinientes que alteren la ejecución del contrato y que quedarían sin resolver por el agotamiento del período de gracia.

65 No queda claro aún quién sería esta autoridad nominadora. Se ha pensado que podría ser un centro de arbitraje. *Vid.* Yeoh, Derric. "Is online dispute resolution the future of alternative dispute resolution?" *Kluwer Arbitration Blog*, 29 de marzo de 2018, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/29/online-dispute-resolution-future-alternative-dispute-resolution/?print=print

las partes que le permita al árbitro tener una visión más clara del conflicto[66]. Si alguna de las partes o el árbitro lo consideran necesario, se realiza una audiencia por medio de videoconferencia[67]. Dentro de esta audiencia, el árbitro propone una conciliación a las partes. Sin embargo, si no logran llegar a un acuerdo, el árbitro emite una decisión motivada, la cual podría ser: continuar con la ejecución, modificar[68] o terminar el *smart contract*[69]. Una vez que el árbitro decide, el *Arbitration Library* incorpora el resultado de la decisión en el *smart contract*[70].

Sin embargo, es importante puntualizar que los creadores de esta plataforma separan la noción de *smart contract* de la noción de "contrato" o *legal agreement* regulada por el Derecho contractual. Por esta razón, para activar este procedimiento, las partes deben tener un contrato escrito necesariamente, el cual contenga el convenio arbitral[71], lo cual es favorable para cuestiones de validez. Además, parte de la información que la plataforma puede solicitar a las partes es el contrato escrito. Esta combinación entre el *smart contract* y el contrato tradicional regulado por el Derecho contractual maximiza las ventajas de ambos sistemas, pero presenta una importante diferencia en cuanto al sistema de *Kleros,* que se desarrolla exclusivamente a través de *blockchain* y que busca verdaderamente cambiar el paradigma de cómo se solucionan los conflictos.

5. Arbitraje y los *smart contracts*: desafíos

5.1. ¿Es válido el convenio arbitral contenido en un *smart contract*?

En cuanto el arbitraje resulta el método idóneo para resolver disputas derivadas de *smart contracts,* es preciso analizar la validez del convenio arbitral contenido en las plataformas digitales estudiadas. Los convenios arbitrales contenidos en *smart contracts* presentan desafíos respecto a la expresión de voluntad inequívoca de las partes para someterse a arbitraje y la capacidad de estas para manifestar su consentimiento. Estos elementos se analizan a la luz de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante Ley Modelo), y a partir de dos plataformas digitales, *Kleros* y *CodeLegit,* que enfrentan estos retos desde diferentes perspectivas.

66 Traducción libre. CodeLegit. "CodeLegit…" *Óp. cit.,* https://codelegit.com/tag/arbitration-library/

67 *Ibíd.*

68 Sin embargo, es importante puntualizar que, por el momento, aún no es posible modificar el smart contract, porque estos están diseñados de manera que sean inmutables y que se ejecuten de manera automática sin intervenciones de terceros. Un reto para el futuro de los smart contracts es encontrar entonces una manera de poder incluir esta opción dentro de estos contratos. Traducción libre. *Cfr.* Kaulartz, Markus. "Blockchain, law, ..." *Óp. cit.*

69 Traducción libre. CodeLegit. "CodeLegit…" *Óp. cit.,* https://codelegit.com/tag/arbitration-library/

70 Traducción libre. *Cfr.* Kaulartz, Markus y Kreis, Falco. "Smart Contracts and Dispute Resolution- a chance to raise efficiency?", *Kluwer Arbitration Blog,* 2019.

71 *Ibíd.*

La Ley Modelo ha servido como referente para la legislación del arbitraje en varios países, principalmente en Latinoamérica[72]. La elaboración de este instrumento ha cambiado el panorama del arbitraje internacional, pues se han reducido los recursos, antes abundantes, para atacar la validez de un laudo[73]. A más de esto, a partir del año 2006, las enmiendas a la Ley Modelo incorporaron importantes disposiciones de otros documentos elaborados por las Naciones Unidas acerca de comunicaciones electrónicas[74]. Como consecuencia, se amplió la interpretación sobre lo que puede ser considerado un acuerdo por escrito, haciendo que el consentimiento prime sobre la forma en que se suscribe el acuerdo[75]. Por esto, la Ley Modelo resulta un documento idóneo para analizar la validez del convenio arbitral en lo que respecta a los *smart contracts,* unos contratos intrínsecamente tecnológicos.

Para Cremades, el convenio arbitral es la carta magna y piedra angular del arbitraje[76] que nace a partir de la manifestación de voluntad de las partes. González de Cossío define al acuerdo arbitral como "un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje"[77]. Como ha sostenido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires, la procedencia de la jurisdicción arbitral se fundamenta en la voluntad de los interesados, quienes renuncian a la jurisdicción de los tribunales ordinarios[78]. Por tanto, en la medida que el arbitraje supone una renuncia a la justicia ordinaria, se pueden estipular cláusulas arbitrales únicamente respecto de derechos de libre disposición. A esta conclusión llegó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Suda c. República Checa:

> El Tribunal recuerda que el derecho al acceso a un tribunal –garantía que deriva del articulo 6 § 1 de la Convención– no implica, en materia civil, la obligación de someterse a una jurisdicción de tipo clásico, integrada en las estructuras judiciales ordinarias de un país [...] El articulo 6 no se opone a la creación de tribunales arbitrales con el fin de juzgar ciertas diferencias de naturaleza patrimonial que enfrente a particulares. **Nada impide a los justiciables renunciar a su derecho a un tribunal en favor de un arbitraje, a condición de que esa renuncia sea libre,**

72 Las estadísticas que muestran qué países han basado su normativa en la Ley Modelo UNCITRAL o que han basado sus leyes en la misma pueden ser revisadas en: Naciones Unidas. *Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status (acceso: 10/05/2020). Ver también: Fernández Arroyo, Diego. *Current trends in international commercial arbitration in Latin America*, p. 8. En: Cordero-Moss, Giuditta. *International Commercial Arbitration. Different Forms and their Features*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013, pp. 398-426.

73 *vid.* Conejero Roos, Cristian. "La Iinfluencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: Un Análisis Comparativo" *Revista Chilena de Derecho,* vol. 32, no. 1 (2005), pp. 89-138.

74 Por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996 y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005.

75 Ley Modelo CNUDMI de 1958. Artículo 7 (1). Enmiendas del año 2006.

76 Cremades, Bernardo. "El proceso arbitral en los negocios internacionales". *Themis Revista de Derecho*, núm. 11, (1988).

77 González de Cossío, Francisco. *Arbitraje.* México: Edición Porrúa, 2004, p. 56.

78 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires, sala E, en Patrón Costas, Marcelo c. International Outdoor Advertising Holdings Co., 19/04/2005.

lícita e inequívoca […] (énfasis añadido)[79].

Se advierte que la validez de un convenio arbitral depende principalmente de la manifestación de voluntad unívoca de las partes para someter su disputa a arbitraje. Rodríguez Mendoza señala que "[m]ientras la manifestación de voluntad se evidencie y se haga conocer, un convenio arbitral, inclusive se trate de uno con contenido patológico, será válido"[80]. Como se mencionó anteriormente, el artículo 7 (1) de la Ley Modelo, a partir de las enmiendas de 2006, flexibiliza los requisitos de forma que suponen el vehículo de la manifestación de voluntad de las partes. A pesar de que se establece como requisito la escrituración, el artículo advierte que "se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio"[81]. De esta manera, se acepta la manifestación tácita de voluntad mediante la ejecución de ciertos actos o a partir de cualquier otro medio.

En el sistema de *CodeLegit,* si bien trata el arbitraje de un *smart contract,* requiere necesariamente un contrato escrito que contenga una cláusula arbitral como fundamento para iniciar el proceso. De esta manera, la expresión de la voluntad inequívoca de las partes se resuelve al utilizar un sistema híbrido que conjuga la tecnología de *blockchain* con los contratos legales escritos[82]. Por otro lado, *Kleros* utiliza un sistema puro de tecnología *blockchain,* en el cual la voluntad de las partes se expresa a través de un botón de la plataforma que envía la disputa a los árbitros de *Kleros.* Dada la flexibilidad de la forma del convenio arbitral, el sistema de *Kleros* puede ser válido de acuerdo con lo estipulado por la Ley Modelo, puesto que se trata de una manifestación positiva de someter una disputa al sistema arbitral de la plataforma[83].

Ahora bien, la capacidad de las partes para consentir en el arbitraje depende de la ley nacional de cada participante, lo cual supone un problema para este tipo de plataformas que pretenden sustraer de la regulación estatal tanto a la relación jurídica entre las partes como la resolución de una posible disputa. Dada la naturaleza deslocalizada de los *smart contracts,* los participantes generalmente intervienen de manera anónima o mediante el uso de pseudónimos, lo cual impide validar la capacidad de las partes para poder obligarse. Ninguna de las plataformas analizadas afronta esta dificultad, lo cual demuestra el alto nivel de deslocalización de estos sistemas. Esto, como se analizará más adelante, supone un problema.

---

79 Traducción libre. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte, Quinta Sección. Suda c. República Checa 1643/06. Sentencia, 28/10/2010, Sección "en derecho" I.B.2, párrafo 48.

80 Rodríguez Mendoza, Fernando. "El carácter escrito del convenio arbitral y los convenios incorporados en el contrato por referencias a cláusulas presentes en otros contratos o en condiciones generales". *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 1, 2006, p. 177.

81 Ley Modelo CNUDMI de 1958. Artículo 7 (1). Enmiendas del año 2006.

82 Ver apartado 4.2 respecto al funcionamiento de la plataforma *CodeLegit.*

83 Ver apartado 4.1 respecto al funcionamiento de la plataforma *Kleros.*

5.2. Implicaciones en cuanto al debido proceso: ¿Son capaces *Kleros* y *CodeLegit* de cumplir con los requisitos del debido proceso?

Si bien las partes tienen gran flexibilidad para determinar las reglas procesales aplicables a su procedimiento arbitral, no por ello se desconocen ciertas garantías de debido proceso en el arbitraje. Estos principios fundamentales componen lo que Lew, Mistelis y Kroll denominan "la carta magna del arbitraje"[84]. Esta carta magna contiene dos principios básicos: el debido proceso y un juicio justo, y la imparcialidad e independencia de los árbitros[85]. Respecto del debido proceso y juicio justo, el artículo V.1. b) de la Convención de Nueva York prescribe que se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral cuando la parte contra quien se quiere ejecutar el laudo no ha podido "hacer valer sus medios de defensa" durante el procedimiento arbitral[86]. De esta norma se desprende que las partes deben ser tratadas de manera equitativa durante el procedimiento arbitral, y que cada una debe poder ejercer su derecho a la defensa[87]. El derecho a la defensa incluye el tener la oportunidad para presentar su caso, al igual que para contradecir a la contraparte[88].

En cuanto al cumplimiento del debido proceso por parte de *Kleros,* es importante considerar que los árbitros deciden con base en la evidencia relativa a la transacción que se encuentra registrada en *blockchain*[89], y en las pretensiones y las pruebas que las partes decidan presentar[90]. El arbitraje de *Kleros* presenta entonces las características de un sistema procesal escrito. A pesar de las ventajas que presenta un sistema procesal oral[91], la oralidad no es un requisito del arbitraje, ni excluye el respeto al derecho a la defensa por parte de sistemas escritos. De hecho, la Ley Modelo CNUDMI en su artículo 24 prescribe que, en principio, las audiencias son potestativas del tribunal arbitral (aunque

84 Traducción libre. Lew, Julian D.M., Mistelis, Loukas A. y Kröll, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration.* Kluwer Law International, 2003, p. 95.
85 *Ibíd.*
86 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958). Artículo V.1.b.
87 Asimismo, el artículo 18 de la Ley Modelo CNUDMI prescribe que en el procedimiento arbitral "deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos". Ley Modelo CNUDMI (2006). Artículo 18.
88 Lew, Julian D.M., Mistelis, Loukas A. y Kröll, Stefan. *Comparative International…Óp. cit.*
89 Traducción libre. *Cfr.* Yeoh, Derric. "Is online dispute resolution the future of alternative dispute resolution?" *Óp. cit.* http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/29/online-dispute-resolution-future-alternative-dispute-resolution/?print=print
90 Traducción libre. *Cfr.* Ast, Federico y Lesaege, Clément. "Kleros, a protocol for decentralized justice", p. 35. En *Dispute Revolution: The Kleros Handbook of Decentralized Justice,* marzo de 2019. https://ipfs.kleros.io/ipfs/QmZeV32S2VoyUnqJsRRCh75F1fP2AeomVq2Ury2fTt9V4z/Dispute-Resolution-Kleros.pdf
91 Los sistemas orales definitivamente garantizan una mayor inmediación en el proceso. La inmediación significa que el juez tiene "mayor contacto personal con los elementos subjetivos y objetivos que conforman el proceso", lo cual resulta en que tenga mejores herramientas para tomar una decisión acertada. De igual manera, en los sistemas orales existe un efectivo ejercicio del derecho a la contradicción, pues, durante la audiencia, las partes pueden directamente pronunciarse respecto de los argumentos y la prueba de su contraparte. *Cfr.* Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso.* Bogotá: Temis, 2006, pp. 52-54.

debe realizarlas si una parte le pide). Sin embargo, las partes pueden pactar en contrario, es decir que pueden acordar que el procedimiento arbitral sea escrito[92]. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que cuando las partes se someten libre, voluntaria e inequívocamente a arbitraje, renuncian a ciertos derechos garantizados por la Convención Europea, refiriéndose en particular a los derechos reconocidos en el artículo 6[93]. Renuncian, por ejemplo, al derecho a que su caso deba ser escuchado en una audiencia y que esta audiencia sea pública[94]. Por lo mismo, las partes de un *smart contract*, al someterse al procedimiento de resolución de disputas de *Kleros*, están renunciando a ciertas garantías, lo cual no obsta que puedan ejercer su derecho a un juicio justo, pues los árbitros decidirán con base en la evidencia y los escritos que hayan presentado.

Por otro lado, el sistema empleado por *CodeLegit* es muy parecido a los procesos arbitrales actuales. Si bien el árbitro recibe información directamente del *smart contract* para que pueda resolver la disputa, tiene la facultad de solicitar información adicional a las partes y si él o las partes lo consideran necesario, realizar una verdadera audiencia a través de videoconferencia. Al existir la opción de que se resuelva la controversia por medio de una audiencia, en este sistema es claro que las partes van a poder ejercer efectivamente su derecho a la defensa y el árbitro va a tener la mirada más completa posible sobre el caso. *CodeLegit* permite entonces, que se garantice, de la mejor manera posible, el derecho a la defensa en cuanto a la contradicción.

En cuanto a la imparcialidad e independencia de los árbitros, estos conceptos no han sido definidos de forma unánime. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia arbitral han dicho que la independencia "es un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia" y que la imparcialidad es "un criterio subjetivo [...] que alude al estado mental del árbitro [y que] pretende describir la ausencia de preferencia o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o al asunto en particular"[95]. La razón de ser de la exigencia de imparcialidad e independencia es que se busca que el árbitro sea "apto para decidir en forma justa y desinteresada" la controversia sometida a su conocimiento[96, 97].

---

92 Ley Modelo CNUDMI (2006). Artículo 24.

93 Traducción libre. *Cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte, Tercera Sección. Tabanne c. Suiza 41069/12. Sentencia, 01/03/2016, Sección "en derecho", párr. 27.

94 Traducción libre. *Cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte, Gran Sala. Göç c. Turquía 36590/97. Sentencia, 11/07/2002, Sección "en derecho", párr. 47; *Cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte, Tercera Sección. Mutu y Pechstein c. Suiza 40575/10 y 67474/10. Sentencia 2/10/2018, Sección "en derecho", párr. 96; *Cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte, Sala. Hakansson y Struresson c. Suecia 11855/85. Sentencia, 21/02/1990, Sección "en derecho", párr. 66.

95 González de Cossío, Francisco. "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros". *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* Núm. 32 (2002), p. 2.

96 *Id,.* p. 4.

97 Es interesante que incluso el derecho a un árbitro imparcial e independiente podría ser renunciado. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Suovaniemi y otros c. Finlandia, dijo que las partes, al no recusar o tomar acciones en contra del árbitro de cuya imparcialidad dudaban, renunciaron al derecho a ser juzgados por un árbitro imparcial e independiente. Por lo mismo, y considerando que durante el proceso arbitral ejercieron su derecho a la defensa,

Con el fin de crear un estándar respecto de la imparcialidad e independencia de los árbitros, la *International Bar Association* ha desarrollado unas directrices para determinar cuándo un árbitro puede carecer de imparcialidad e independencia. Bajo estas reglas, un árbitro no debe aceptar su designación cuando tenga dudas sobre su imparcialidad e independencia, y son justificadas las dudas por las que un tercero razonable con conocimiento de los hechos y de las circunstancias del caso, llegaría a la conclusión de que "la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes"[98]. Cabe notar que estas reglas no exigen que efectivamente el árbitro sea parcial o dependiente, sino que basta una duda razonable para que no participe en el proceso. Por lo mismo, el estándar de imparcialidad para los árbitros es alto, pues no solo deben ser imparciales, sino también parecer imparciales e independientes[99]. En el contexto de los *smart contracts* y de *Kleros* y *CodeLegit*, en el que las partes son anónimas o actúan bajo pseudónimos, es imposible que el árbitro decida con base en un vínculo personal con alguna de las partes, simplemente porque no es posible descifrar su identidad. Además, el sistema aleatorio de *Kleros* que escoge a los árbitros de entre todos los usuarios de la plataforma que se postulen y que paguen para ser designados, hace muy difícil que un árbitro tenga un interés subjetivo en el proceso.

6. *Smart contracts:* el caso ecuatoriano

Con la entrada en vigencia del nuevo Código de Comercio ecuatoriano en mayo de 2019, se reconoce la figura de los contratos inteligentes[100]. A partir de ello, nuestro sistema se abre hacia la aplicación de las nuevas tecnologías. Si bien el legislador hace referencia al término "contrato inteligente", ¿se trata verdaderamente del concepto de *smart contract* que se ha analizado en el presente artículo?

El artículo 77 prescribe:

> Art. 77.- Son contratos inteligentes los producidos por programas informáticos usados por dos o más partes, que acuerdan cláusulas y suscriben electrónicamente. El programa de contrato inteligente permite facilitar la firma o expresión de la voluntad de las partes, así como asegura su cumplimiento, mediante disposiciones instruidas por las partes, que pueden incluso ser cumplidas automáticamente, sea por el propio programa, o por una entidad financiera u otra, si a la firma del

el Tribunal dijo que no se violó el art. 6 de la Convención. Traducción libre. *Cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte, Cuarta Sección. Osmo Suovaniemi y otros c. Finlandia 31737/96. Sentencia, 23/02/1999, Sección "en derecho", párrafos 7-9. Disponible en: http://echr.ketse.com/doc/31737.96-en-19990223/view/

98 Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (2014). Artículo 2.c.

99 Esta exigencia de permanecer imparcial e independiente se observa también en reglamentos arbitrales internacionales. En este sentido, el artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI prescribe que los árbitros tienen el deber de revelar toda circunstancia que pueda generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, a lo largo del procedimiento. *Cfr.* Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010). Artículo 11.

100 Código de Comercio. Artículo 77. Registro Oficial Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019.

> contrato las partes establecen esa disposición. Cuando se dispara una condición pre-programada por las partes, no sujeta a ningún tipo de valoración humana, el contrato inteligente ejecuta la cláusula contractual correspondiente.
> A falta de estipulación contractual, los administradores de dicho programa o quienes tengan su control, serán responsables por las obligaciones contractuales y extracontractuales que se desprendan de los contratos celebrados de esta forma, y en todo caso serán aplicables las disposiciones que protegen los derechos de los consumidores.

El primer inciso, exclusivamente descriptivo, introduce una definición amplia para los contratos inteligentes. En este sentido, el concepto de *smart contract,* entendido como una plataforma digital que utiliza *blockchain* para ejecutar automáticamente las obligaciones de un contrato sin terceros intermediarios ni autoridades estatales, está incluido en esta definición. Sin embargo, abarca otro tipo de plataformas digitales que, si bien utilizan tecnología, no son *smart contracts.*

La plataforma de Uber, por ejemplo, es un contrato inteligente en los términos del artículo 77, dado que es un programa informático donde dos o más partes acuerdan cláusulas suscritas electrónicamente. No obstante, no es un *smart contract* puesto que carece de sus elementos fundamentales. Si bien se trata de un *software*, no utiliza tecnología *blockchain* para su funcionamiento. En consecuencia, la ejecución de las obligaciones no es automática ni irreversible, dado que su configuración de datos no es inmutable. Además, su estructura es centralizada, por lo que los datos de las transacciones no son manejados en una red de pares, sino a través de un centro de control. Finalmente, no utiliza criptomonedas en su sistema de pago, a pesar de realizarse electrónicamente. Por tanto, la definición del Código de Comercio incluye todo tipo de plataformas digitales, incluyendo a los *smart contracts.*

El segundo inciso describe características de las plataformas digitales; entre ellas, se observan elementos propios de los *smart contracts.* En primer lugar, se reconoce como contrato inteligente a plataformas que permitan facilitar la firma o expresión de voluntad de las partes. En un *smart contract,* se reemplaza el concepto de firma electrónica por la manifestación de voluntad expresada en un código único o llave secreta que es utilizado por cada participante. Por lo tanto, si bien el Código reconoce a la manifestación de voluntad de las partes en un *smart contract,* también acepta como contrato inteligente a plataformas digitales que faciliten las firmas electrónicas u otros medios de expresión de voluntad.

En segundo lugar, se establece que en los contratos inteligentes se "[…] asegura su cumplimiento, mediante disposiciones instruidas por las partes, que pueden incluso ser cumplidas automáticamente […] por el propio programa". Esta disposición se refiere a la característica distintiva de los *smart contracts*: el cumplimiento de las obligaciones de manera automática por el mismo

programa. No obstante, queda claro que el Código también reconoce como contratos inteligentes a plataformas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones a través de una entidad financiera u otra, lo cual definitivamente se aleja del concepto de *smart contract.* Lo último, en cuanto el intercambio de prestaciones no se realice inmediatamente, utilizando a estas otras entidades meramente como *oracles.*

Finalmente, el inciso segundo se refiere a la posibilidad de preconfigurar condiciones dentro de la plataforma digital, las cuales serán ejecutadas una vez que se verifiquen, sin estar sujetas a ningún tipo de valoración humana. Uno de los elementos distintivos de los *smart contracts* es que, una vez configurados los datos, estos son irreversibles, y la ejecución de la obligación es ineludible. Por la redacción del artículo, no puede inferirse que se haga referencia exclusivamente a los *smart contracts,* sino también a otro tipo de plataformas con la capacidad de ejecutar obligaciones una vez que se verifiquen determinadas condiciones, con la distinción de que su ejecución puede ser revertida.

6.1. Efectos prácticos del reconocimiento de la figura de los *smart contracts* en la legislación ecuatoriana

Resulta evidente la importancia que los contratos inteligentes podrían tomar en el mundo legal en un futuro cercano. Por esto, la intención del legislador ecuatoriano ha sido adelantarse a una falta de regulación cuando posibles conflictos derivados de estas transacciones surjan. Así, lo que se ha buscado es establecer un "marco regulatorio para el posterior desarrollo normativo" de esta figura[101]. A más de esto, la Asamblea ha regulado la responsabilidad contractual y extracontractual derivada de estos contratos. Así, el último inciso del artículo 77 hace referencia a la posible responsabilidad de los administradores de las plataformas digitales o quienes tengan su control. A pesar de que la redacción del artículo es vaga, con este se busca obligar a los administradores o controladores de plataformas virtuales a responder conforme las disposiciones que protegen los derechos de los consumidores. Esto, en consideración de que los *smart contracts* suelen ser anónimos y podría resultar complejo determinar responsabilidad para las partes que suscriben el contrato.

Sin embargo, los *smart contracts* tienen la característica de no acoplarse a las regulaciones estatales, lo cual puede resultar un problema al momento de aplicar este artículo. La normativa actual confunde el concepto de contrato inteligente, como se mencionó anteriormente. Por esto, la ley podría ser aplicada a algunos contratos telemáticos, No obstante, regular el funcionamiento y la ejecución de verdaderos contratos inteligentes, conlleva problemas para un Estado que no puede interferir en todos los aspectos de la vida de los ciudada-

101 Informe para segundo debate del actual Código de Comercio, publicado en el Registro Oficial Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019, p. 24.

nos, como se verá a continuación.

7. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales producto de *smart contracts*

La ejecución de una sentencia por cuenta del Estado fue una de las primeras formas de intervención estatal y uso de la fuerza[102]. A medida que se ha ido desarrollando el sistema judicial, cada Estado ha adoptado esta intervención como el *modus operandi* para hacer cumplir la sentencia del juez. Es tal la importancia de esta figura, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en uno de sus fallos que la ejecución de decisiones y sentencias debe considerarse como parte integrante del derecho de acceso a la justicia[103]. Claramente, una decisión judicial sin ser reconocida por parte de las autoridades, haría que todo el proceso que ha llevado a ella sea en vano.

Es la importancia de la institución jurídica de la ejecución, la que genera disonancia al pensar que los *smart contracts* podrían prescindir de ella. La intervención del Estado es necesaria cuando una de las partes debe ser forzada a cumplir. No obstante, al celebrar un *smart contract* las partes otorgan al programa un poder anticipado de ejecución. A través de *oracles*, el *software* se podría encargar de retirar una cantidad de dinero de una cuenta bancaria o la propiedad de un inmueble, por ejemplo, o si la cuenta bancaria carece de fondos, el contrato inteligente podría bloquearse o revertir la prestación de la otra parte. De esta forma, el sistema verifica que el contrato sea modificable en el momento en que se suscribe y, si no lo es, no se ejecutan las prestaciones acordadas en primer lugar. Tratándose de contratos más complejos, las partes entregan a plataformas como *Kleros* o *CodeLegit* amplias facultades para resolver sus disputas. Así, cuando una de las partes incumple un *smart contract* que ya se ha puesto en marcha, los árbitros encargados de resolver la disputa pueden hacer uso del poder que las partes le han entregado a la plataforma para hacer ejecutar su decisión.

Finalmente, este sistema no prescinde de la institución de ejecución forzosa en sí misma. Lo que sucede es que puede hacer uso de ella sin que sea necesaria la intervención estatal. Es esto lo que hace que el arbitraje de disputas derivadas de *smart contracts* sea verdaderamente autosuficiente. Esta realidad es cada vez más cercana, por lo que no resulta irracional pensar que si el mecanismo a través del cual se busca solucionar controversias derivadas de estos contratos es deslocalizado[104], la ejecución y el sistema de justicia también lo sean.

El problema de la deslocalización yace en la posible vulneración de derechos

102 Nieva-Fenoll, Jordi. "Aproximación al origen del procedimiento monitorio". *Justicia: Revista de derecho procesal*. Número 1 (2013), pp. 107-126.
103 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia sobre el fondo, 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 82.
104 *Supra*. 3.1 Un sistema de justicia deslocalizado.

y del orden público al realizarse transacciones sin ningún tipo de control estatal. En estos casos, ¿cómo podría conocer el Estado de estas situaciones y sancionarlas? A criterio de las articulistas, las plataformas que administran estos mecanismos de solución de disputas deberían ser reguladas por el Estado y sus decisiones deberían ser revisadas. Para que esta postura no desnaturalice a los *smart contracts* y las plataformas de solución de conflictos de los mismos, la regulación estatal debería ser mínima, y activarse solo en los casos más determinantes. Definir en qué casos cabe intervenir y de qué forma hacerlo es un trabajo arduo, por lo que es probable que la intervención estatal nunca llegue a materializarse.

8. Conclusiones

Los *smart contracts* son un mecanismo innovador para realizar transacciones de manera eficaz. Por ahora, estas transacciones se limitan a intercambios sencillos, que usualmente tienen por objeto criptomonedas. Sin embargo, el rápido avance de la tecnología podría volver a estos contratos más complejos, resultando esto en la ineludible necesidad de que se utilicen métodos de solución de disputas relativas especialmente a este tipo de contratos. Esto se debe a que, si bien su ejecución instantánea podría llevar a pensar que estos contratos se encuentran exentos de problemas, existen dificultades prácticas que, sin un mecanismo de solución de controversias, quedarían en el aire. Por su deslocalización, flexibilidad y confidencialidad, el arbitraje resulta el método idóneo para resolver conflictos derivados de *smart contracts.* Sin embargo, los *smart contracts* requieren que el arbitraje vaya un paso más allá: por ello, *Kleros* y *CodeLegit* han desarrollado arbitrajes especializados que se caracterizan por la ejecución automática de los laudos a través de *blockchain.* Si bien estas plataformas presentan importantes avances para la resolución de disputas derivadas de *smart contracts,* existen aún varios desafíos. Estos desafíos surgen, principalmente, del hecho de que el modelo de justicia que requieren los *smart contracts* prescinde totalmente de la intervención estatal. Sin embargo, el Estado es quien define la noción de orden público, que junto con la moral y las buenas costumbres, son el límite a la autonomía de la voluntad. Dentro del orden público se encuentran los conceptos de capacidad jurídica, de licitud del objeto, y también las normas de debido proceso. Para poder controlar la legalidad de los *smart contracts* y de los laudos que deciden sobre ellos, se sugiere que los laudos puedan ser revisados en casos puntuales en los que pueda efectivamente existir una violación al orden público.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La regulación del *crowdfunding* en Ecuador: una apuesta por la capitalización de ideas a través de plataformas web

The Regulation of Crowdfunding in Ecuador: A Commitment to the Capitalization of Ideas through Web Platforms

Mario Alberto Cedeño Andrade*

Recibido / Received: 1/03/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1743

Citación:
Cedeño Andrade, M. A. «La regulación del crowdfunding en Ecuador, una apuesta por la capitalización de ideas a través de plataformas web». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 31-51, doi:10.18272/ulr.v7i1.1743.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mariocdno96@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-9127-4370

Resumen

Hasta la última década, los mecanismos de financiamiento para el desarrollo de iniciativas con o sin fines de lucro, se han centralizado en el mercado financiero y mercado de valores. Las restricciones y complejidades que conllevan estas alternativas tradicionales han devenido en el surgimiento de un nuevo mecanismo, denominado *crowdfunding*, el cual nace como una solución del mercado al problema de la falta de acceso a financiamiento. A través de esta vía, múltiples inversionistas aportan, en conjunto, el capital necesario para llevar a cabo un proyecto a título de donación o a cambio de una contraprestación que dependerá del tipo de *crowdfunding.* El crecimiento acelerado de este mecanismo ha provocado su regulación en algunas legislaciones, a las cuales se ha sumado Ecuador. Estas regulaciones, acertadas en algunos casos y desacertadas en otros, conllevan una causalidad directa respecto del éxito o fracaso de esta nueva herramienta en cada país en el que se instaura. Por esta razón, a través del presente artículo se pretende analizar la regulación del *crowdfunding* en Ecuador en comparación con legislaciones extranjeras, para evidenciar si esta favorece, o no, a la existencia de este nuevo instrumento financiero en el país.

Palabras Clave

Financiamiento colectivo; *crowdfunding;* recaudación de fondos; inversionistas; promotores; plataformas; regulación; riesgos

Abstract

Until the last decade, financing mechanisms for the development of initiatives, with or without profit, have been framed in the financial and stock markets. The restrictions and complexities that these traditional alternatives entail have resulted in the materialization of a new mechanism, called crowdfunding, which emerges as a market solution to the problem of lack of access to financing. Through this route, multiple investors contribute, together, the necessary capital to carry out a project as a donation or exchange of a consideration that will depend on the type of crowdfunding. The accelerated growth of this mechanism has caused its regulation in some legislations, to which Ecuador has joined. These regulations, right in some cases and misguided in others, carry a direct causality regarding the success or failure of this new mechanism in each country in which it is established. For this reason, the purpose of this article is to analyze the regulation of crowdfunding in Ecuador in comparison with foreign legislation, to show whether or not it favors the existence of this new mechanism in the country.

Keywords

Collective financing; crowdfunding; investors; promoters; platforms; regulation; risks

1. Introducción

El financiamiento de un proyecto es uno de los ámbitos más complejos al que se enfrenta el creador de una idea antes de ingresar al mercado. Tradicionalmente para acceder a este financiamiento existían dos vías, el sistema financiero o el sistema bursátil. Sin embargo, por la crisis que enfrentan ambas alternativas desde el año 2008, el acceso a los recursos que se pueden obtener a través de estos sistemas es cada vez más restringido[1]. Ante esta problemática surge el sistema de financiamiento colectivo, *crowdfunding*, el mismo que consiste en la recaudación de fondos aportados por múltiples inversionistas a través de la publicación del proyecto en plataformas de internet[2]. De esta forma el promotor de la iniciativa accede al financiamiento requerido, obligándose a cumplir condiciones mucho más favorables y accesibles para ambas partes de la transacción que las que implican los sistemas de financiamiento tradicionales. Estas condiciones, dependerán del tipo de *crowdfunding* por el cual opte el promotor o creador de la idea, siendo los principales tipos: donación, pre-compra, recompensa, préstamo y financiamiento por acciones.

Por la novedad de los sistemas de financiamiento colectivo y la rapidez con la que estos han irrumpido en el mercado de capitales, se generan dudas y mitos sobre su naturaleza y viabilidad. Ante esta incertidumbre, múltiples legislaciones a nivel internacional, como el Reino Unido, los Estados Unidos, y ahora Ecuador, han optado por regular a las plataformas de *crowdfunding*. Al existir una relación directa entre el éxito de las plataformas de fondos colaborativos y la legislación que los reglamenta, corresponde analizar el caso ecuatoriano en comparación con los ordenamientos jurídicos mencionados, con la finalidad de evidenciar las bondades y defectos que puede tener el *crowdfunding* en Ecuador.

Con base en lo mencionado, en el desarrollo de este artículo se pretende: (i) exponer el contexto económico en el que se crea el *crowdfunding*; (ii) describir las características del *crowdfunding* en abstracto, delimitando los sujetos que intervienen en este sistema de financiamiento, así como las modalidades por las cuales pueden optar los usuarios; (iii) comparar las legislaciones del Reino Unido, los Estados Unidos y Ecuador en lo referente a las plataformas de fondos colaborativos; y (iv) analizar la viabilidad del financiamiento a través de *crowdfunding*, observando lo positivo o negativo de su regulación en Ecuador. De esta forma se pretende evidenciar cómo la regulación del Ecuador, a pesar de las inconveniencias que puede generar en ciertos casos, se muestra

1 Organización de las Naciones Unidas. *La actual crisis financiera internacional y sus efectos en América Latina y el Caribe*, 2009. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2924/1/S2009328_es.pdf (acceso 13/02/2020).

2 Isenberg, Daniel. *The Road to Crowdfunding Hell*, 2012. https://hbr.org/2012/04/the-road-to-crowdfunding-hell (acceso 13/02/2020).

como un impulso para el desarrollo de las plataformas de fondos colaborativos en el país.

2. El problema del financiamiento

Uno de los aspectos más importantes para el crecimiento de una economía sustentada en el mercado es el acceso a capital mediante vías ágiles y condiciones razonables. Hasta la primera década del siglo XXI el acceso a este financiamiento se vio enmarcado y monopolizado por el sistema bancario. Sin embargo, a partir del año 2008 este sistema sufre una crisis que ha provocado la restricción del acceso a créditos a gran parte de los demandantes, esto en virtud de los altos riesgos existentes en la economía para retornar estos fondos[3]. Por ejemplo, de acuerdo con Global FINDEX, apenas un 12% de la población adulta del Ecuador accede a créditos del sistema financiero bancario formal[4]. Es decir, tanto a nivel mundial como local, solo un porcentaje muy pequeño de la población económicamente activa puede recibir financiamiento a través de la banca. Sumado a esto, a raíz de la crisis financiera surgió una animadversión de la sociedad hacia el sistema financiero tradicional. Este hecho agudiza la necesidad de acceder a otras vías para obtener financiamiento[5].

Por la necesidad de acceder a financiamiento a través de otros mecanismos ajenos al sistema bancario, se creó un entorno socioeconómico de mercado que viabilizó la creación de mecanismos alternativos de financiamiento como el *crowdfunding*[6]. Si bien la figura del financiamiento colectivo se remonta a la época de Da Vinci, a través del mecenazgo para la creación de obras artísticas, no es hasta que confluye la crisis financiera con la revolución de la información y el posicionamiento de la internet, que podemos hablar de la institución del *crowdfunding* con las características y funcionalidades que conocemos el día de hoy[7]. Ahora, cabe preguntarse, ¿es el *crowdfunding* la solución para el problema del financiamiento?

De acuerdo con un informe de la Comunidad Europea, el *crowdfunding* levantó en el año 2014, 2.3 billones de dólares en financiamiento[8]. En América, donde se ha evidenciado el mayor auge de esta nueva herramienta de financia-

---

3 Organización de las Naciones Unidas. *La actual crisis financiera internacional y sus efectos en América Latina y el Caribe*, 2009. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2924/1/S2009328_es.pdf (acceso 13/02/2020).

4 *Cfr.* Demirgüç-Kunt, Asli *et al*. *La base de datos Global Findex 2017: Medición de la inclusión financiera y la revolución de la tecnología financiera*. Cuadernillo de reseña. Washington, DC: Banco Mundial, 2018.

5 Rodríguez de las Heras Ballel, Teresa. "El crowdfunding: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos". *Revista Pensar en Derecho,* Nº 3 (2015), p. 103.

6 Best, Jason; Sherwood, Neiss y Jones, Davis. *How Crowdfund Investing Helps Solve Three Pressing Socioeconomic Challenges*. California: Crowdfund Capital Advisors, 2012, pp. 3-5.

7 Kirby, Eleanor y Worner, Shane. *Crowd-funding: An Infant Industry Growing Fast*, 2014. https://www.iosco.org/research/pdf/swp/Crowd-funding-An-Infant-Industry-Growing-Fast.pdf (acceso: 15/02/2020).

8 Unión Europea. *Crowdfunding: Mapping EU markets and events study*, 2015. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crowdfunding-study-executive-summary-30092015_en.pdf (acceso: 20/02/2020).

miento, se logró un volumen de 36,49 billones de dólares en 2015, frente a los 11,68 billones de 2014, lo que supone un incremento de un 212%[9]. Si bien estas cifras resultan aún pequeñas en relación al financiamiento global del sistema financiero, no cabe duda que el *crowdfunding* es una industria naciente con alto potencial de crecimiento, que puede ser en parte, la solución para el acceso de muchas personas al sistema financiero.

3. El *crowdfunding* o financiamiento de fondos colaborativos

3.1. Concepto de *crowdfunding*

Una vez que se ha evidenciado la necesidad que derivó en la creación del financiamiento de fondos colaborativos, cabe analizar el concepto de esta herramienta y sus antecedentes.

El *crowdfunding* o financiamiento de fondos colaborativos tiene como antecedente al *crowdsourcing*[10]. Este mecanismo ha sido definido como la recolección de aportes de cualquier índole por parte de múltiples personas para alcanzar una meta específica[11]. Como ejemplo de plataformas de *crowdsourcing* existen: Wikipedia, Waze, Tripadvisor, YouTube, el algoritmo de búsqueda de Google, Linux, entre otras. A través de esta herramienta se consigue un modelo de economía colaborativa, en la cual se puede aportar tanto con conocimiento como con cualquier otro tipo de bien, reduciendo así los costos de transacción y el riesgo en el que incurre un solo individuo al invertir para lograr un objetivo. En este sentido, cuando hablamos de *crowdfunding* se puede inferir que se trata de una especie del género *crowdsourcing* con la particularidad de que los aportes en la especie son únicamente dinerarios.

El *crowdfunding* ha sido definido por Ordanini como el "esfuerzo colectivo de personas que juntan su dinero, generalmente a través de Internet, para invertir y apoyar los esfuerzos iniciados por otras personas u organizaciones"[12]. De esta definición podemos identificar tres elementos propios del *crowdfunding*: (i) la colectividad de los aportantes; (ii) el financiamiento dinerario; y (iii) el mecanismo electrónico mediante el cual se realiza el aporte[13]. Si bien no hay

9 Wardrop, Robert *et al. Moving Mainstream. The European Alternative Finance Benchmarking Report*, 2015. https://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/research/centres/alternative-finance/downloads/2015-uk-alternative-finance-benchmarking-report.pdf (acceso 20/02/2020).

10 Schwienbacher, Armin y Larralde, Benjamin. *Crowdfunding of Small Entrepreneurial Ventures*, 2010. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1699183 (acceso: 15/02/2020).

11 *Cfr.* Howe, Jeff. *Crowdsourcing*. Nueva York: Three Rivers Press, 2018.

12 Traducción libre. Ordanini, Andrea *et al. Crowdfunding: transforming customers into investors through innovative service platforms*. Milán: Bocconi University, 2009, p. 3.

13 Rodríguez de las Heras Ballel, Teresa. "El crowdfunding: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos". *Óp. cit.,* p. 103.

una opinión unánime al respecto, podemos inferir que estos tres elementos forman parte de la esencia del *crowdfunding*, ya que de faltar uno de estos estaríamos frente a otra figura ajena a la que se desarrolla en este artículo.

El primer elemento versa sobre el carácter colectivo o en masa de las personas naturales o jurídicas que deciden aportar a una iniciativa. "El *crowdfunding*, en sus diversas modalidades, es una manifestación de los movimientos sociales de implicación comunitaria y acción colectiva"[14]. Rivera realiza un análisis terminológico y concluye que el financiamiento se obtiene "[…] mediante aportaciones económicas (*funding* = financiación) de un conjunto de personas (*crowd* = masas, colectivo)"[15]. Sumado a esto debemos considerar que el antecedente del *crowdsourcing*, definido por Kleeman y Günter como convocatoria abierta *(outsourcing*) para obtener la colaboración de un colectivo de personas o grupos de profesionales (*crowd*) en la realización de actividades relevantes para la producción[16]. Con base en esto, podemos concluir que la naturaleza del *crowdfunding* implica una acción colectiva de los sujetos que financian el proyecto en cuestión.

El segundo elemento es la naturaleza dineraria del aporte realizado por los inversionistas. En este punto se debe hacer énfasis en que el sistema de financiamiento colectivo surge como una alternativa a los sistemas de financiamiento tradicionales, los cuales consisten en aportaciones en dinero para el promotor de la idea. Así lo contempla BBVA *Research* al manifestar que el *crowdfunding* se constituye de aportaciones económicas a proyectos o ideas, instaurando un nuevo mecanismo de financiación alternativo al sistema financiero tradicional[17]. Podemos concluir que los aportes que se realizan a través de los sistemas de financiamiento colectivos deben ser de carácter dinerario, caso contrario no estaríamos hablando de *crowdfunding.*

Por último, el tercer elemento trata sobre el mecanismo electrónico utilizado para llevar a cabo el sistema de financiamiento de fondos colaborativos. La doctrina es unánime al manifestar que el *crowdfunding* como hoy lo conocemos, implica necesariamente la utilización de mecanismos electrónicos, principalmente la internet. De esta forma se favorece la comunicación rápida entre los inversionistas y promotores de un proyecto, incrementando la libre contribución de los usuarios en diferentes proyectos de interés[18]. Bradford de-

14 *Ibíd.*
15 Rivera Butzbach, Eric. *Crowdfunding. La eclosión de la financiación colectiva, un cambio tecnológico, social y económico* Barcelona: Microtemas, 2012, p. 28.
16 Kleeman, Frank; Vo ß, Günter y Rieder, Kerstin. *Un(der)paid Innovators: The Commercial Utiliza-tion of Consumer Work through Crowdsourcing.* Dormunt: Science, Technology & Innovation Studies, Vol. 4, 2008.
17 Cuesta, Carmen *et al. Crowdfunding en 360º: alternativa de financiación en la era digital*, 2014. https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2014/10/Observatorio-crowdfunding-vf.pdf (acceso: 15/02/2020).
18 Schwienbacher, Armin y Larralde, Benjamin. *Crowdfunding of Small Entrepreneurial Ventures*, 2010.

fine al *crowdfunding* como "el uso del internet para levantar dinero a través de pequeñas contribuciones de un gran número de inversionistas"[19]. De acuerdo con Lawton y Maron, el *crowdfunding* ha levantado billones de dólares a través de la internet. En virtud de esto, podemos evidenciar que la influencia de esta vía electrónica es esencial para lo que hoy se define como *crowdfunding*[20]. Por lo señalado, se puede afirmar que el sistema de fondos colaborativos se fundamenta en tres elementos principales que se resumen en aportes colectivos de carácter monetario a través de la internet. Una vez expuesto el concepto del *crowdfunding*, cabe delimitar los sujetos que intervienen y su interacción para el funcionamiento del sistema de financiamiento.

3.2. Sujetos del *crowdfunding*

En el sistema de financiamiento de fondos colaborativos intervienen tres partes: el promotor o creador de la iniciativa, el inversionista y la plataforma. Camacho define a las partes de acuerdo con lo siguiente: el promotor es la persona natural o jurídica que busca el financiamiento y que se obliga a observar las contraprestaciones correspondientes a favor del inversionista; el inversionista o *crowdfunder* es la persona natural o jurídica que realiza aportaciones dinerarias a una o varias iniciativas; y por último, la plataforma, que es la encargada de publicitar los proyectos y de configurar el entorno adecuado para que los inversionistas puedan aportar sus recursos al promotor[21]. En relación a la función de los inversionistas y promotores no existe mayor discusión; sin embargo, existe un punto controvertido respecto del rol que ejecuta la plataforma como tal en este nuevo mercado.

3.2.1. Naturaleza y función de las plataformas de *crowdfunding*

Como se mencionó previamente, la función de la plataforma es principalmente intermediar entre el promotor y el inversionista. Para realizar esta intermediación es necesario que el promotor, al momento de acceder a la publicación de su proyecto, suscriba un mandato a favor de la plataforma para que ésta realice las gestiones necesarias para viabilizar la consecución de los fondos requeridos. Sin perjuicio de esto, como se detalla a continuación, este aspecto general puede derivar en dos modalidades, dependiendo de las facultades que

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1699183 (acceso: 15/02/2020).

19 Traducción libre. Bradford, Steven. "Crowdfunding and the federal securities laws". *Columbia Business Law Review* (2012), p. 27.

20 *Cfr*. Lawton, Kevin y Marom, Dan. *The crowdfunding revolution: social networking meets venture financing*. New York: McGraw-Hill, 2010.

21 Camacho Clavijo, Sandra. "El crowdfunding: régimen jurídico de la financiación participativa en la Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial". *Revista Cesco,* No. 17 (2017), p. 86.

el promotor le encarga a la plataforma. La primera modalidad con funciones únicamente de publicación, sin recaudación de dinero, y la segunda con funciones de intermediación financiera, recaudando el dinero de los aportantes.

Tanto a nivel normativo como doctrinario existe una divergencia respecto del alcance que puede tener la función de una plataforma de fondos colaborativos. Una parte de la doctrina defiende que la plataforma de *crowdfunding* debe limitarse únicamente a publicitar los proyectos a ser financiados y a crear un entorno que facilite la configuración de una relación contractual entre el promotor y el inversionista[22]. En esta modalidad se configuran dos relaciones contractuales diferentes e independientes. Primero, se configura un contrato de acceso o *membership agreement* (acuerdo de membresía) entre la plataforma y los promotores, en el cual se constituye el mandato mencionado en el párrafo previo; y segundo, se configura una relación contractual directa entre el promotor y el inversionista, la cual puede ser de donación, compraventa, asociación, entre otras; dependiendo de la modalidad de *crowdfunding* que se elija[23].

En este tipo de plataformas no se requiere de mayor regulación por parte del Estado, sin embargo se requiere de una entidad financiera que facilite las transacciones entre las partes. Esto no como un mecanismo de intermediación financiera, sino en virtud de la seguridad y transparencia en las transacciones dinerarias efectuadas en el sistema financiero. Esta modalidad ha sido la acogida por la legislación ecuatoriana, en la cual se prohíbe a las plataformas de *crowdfunding* actuar como recaudadoras de fondos de forma directa, sin pasar por el sistema financiero.

En contraposición con este criterio, en otras legislaciones las plataformas de *crowdfunding* pueden actuar también como agentes de recaudación de los fondos invertidos en cada proyecto publicado de forma directa. Sin embargo, tal hecho a su vez implica una mayor necesidad de control más estricto para las plataformas que optan por esta iniciativa. Los argumentos a favor de la regulación del *crowdfunding* sostienen que permitir este tipo de intermediación financiera sin la supervisión propia del sector, implica un riesgo sistemático para los actores del *crowdfunding*, genera una situación de competencia desleal con respecto a las entidades del sector financiero regulados y, además, puede afectar los intereses generales[24]. Esta modalidad es utilizada en países como el Reino Unido y los Estados Unidos, los cuales han optado por regular en mayor medida a los sistemas de financiamiento por fondos colaborativos.

Podemos concluir entonces, que la función de las plataformas de *crowdfunding* puede oscilar entre una simple publicación de proyectos hasta la actua-

22 *Ibíd.*

23 *Cfr.* Rodríguez de las Heras Ballel, Teresa. *El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplaces)*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

24 *Ibíd.*

ción como recaudadora de los fondos invertidos. La elección de una de estas modalidades dependerá de la legislación de cada país y del interés de los creadores de la plataforma.

3.3. Funcionamiento del *crowdfunding*

El *crowdfunding* comienza cuando el emprendedor, o creador de la iniciativa que se pretende financiar, publica en una plataforma web su proyecto, el monto que necesita para llevarlo a cabo y lo que recibirá el inversionista a cambio de la prestación. En la generalidad de los casos, las plataformas utilizan un mecanismo que consiste en establecer un monto mínimo de recaudación para que se liberen los fondos aportados por los inversionistas y de no alcanzarse la meta en un tiempo determinado, el dinero se reembolsa al inversor[25], a esta modalidad se la denomina "todo o nada". Sin embargo, existen otras alternativas, más comunes en la modalidad de donación, en las cuales todo lo que se aporta se acredita al proyecto financiado, indiferentemente de si se llega o no a una meta preestablecida[26], esta modalidad es conocida como "todo cuenta".

Los inversionistas acceden a la plataforma y aportan dinero para uno o varios proyectos, ya sea en cantidades mínimas o en la totalidad del financiamiento solicitado. La plataforma por su parte, actúa como intermediaria, informando las particularidades de cada proyecto y direccionando los mecanismos técnicos para otorgar el financiamiento, esto generalmente a cambio de una comisión por el valor del financiamiento levantado[27]. Lo anterior sin perjuicio de que existan plataformas que no perciban nada por concepto de comisión.

3.4. Tipos de *crowdfunding* y su naturaleza jurídica

Existen, *a priori,* cinco tipos de crowdfunding: donación, recompensa, pre-compra, préstamo y por participaciones o *equity*[28]. Estas categorías versan principalmente sobre la naturaleza del proyecto que se pretende financiar y sobre la contraprestación que recibe el inversionista a cambio de su aporte financiero. A continuación, se detallan cada una de éstas:

25 Camacho Clavijo, Sandra. "El crowdfunding: régimen jurídico de la financiación participativa en la Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial". *Óp. cit.,* p. 97.
26 Bradford, Steven. "Crowdfunding and the federal securities laws". *Óp. cit.,* p. 15.
27 *Ibíd.*
28 *Ibíd.*

3.4.1. *Crowdfunding* de donación

En este tipo de *crowdfunding* el inversionista realiza su aporte sin recibir ningún reembolso ni contraprestación a cambio[29]. Como su nombre lo dice, entre el inversionista y el promotor se configura un contrato unilateral de donación modal, pues se tiene un *animus donandi,* reflejado en el interés del inversionista de aportar a un proyecto específico[30]. Generalmente este tipo de financiamientos se reservan para iniciativas sin fines de lucro, ya sean estas de carácter cultural, deportivo, social, humanitario entre otros[31]. Las plataformas que optan por esta modalidad pueden ser sin fines de lucro o eventualmente no cobrar su comisión por la publicación del proyecto, por ejemplo, GlobalGiving; sin embargo, la mayor parte de las plataformas de donación cobran una comisión por la prestación de sus servicios[32]. A través de esta modalidad, el Hospital Sant Joan de Deu de Barcelona, a través de la plataforma StockCrowd, logró recaudar treinta millones de euros para la construcción de un centro oncológico infantil, siendo éste uno de los ejemplos de éxito de esta modalidad a nivel mundial.

3.4.2. *Crowdfunding* de recompensa

Bajo esta forma el promotor se obliga a entregar al inversionista algo simbólico en calidad de contraprestación por su aporte. Este tipo de *crowdfunding* se diferencia del *crowdfunding* de donación porque el inversionista recibe una contraprestación por su aporte, y también dista del *crowdfunding* pre-compra porque lo que se entrega como contraprestación no es equivalente a la inversión realizada[33]. En la plataforma KickStarter, Ryan Grepper logró captar $13'285.66 para su proyecto "*Coolest Cooler*", superando su meta de cincuenta mil dólares. Esto mediante la oferta de recompensas como vasos temáticos y camisetas, por aportes pequeños de cinco, veinticinco y cincuenta y cinco dólares.

En relación a la naturaleza jurídica que se configura entre el inversionista y el promotor, existe una controversia respecto de que si esta transacción configura una compraventa o una donación[34]. No obstante, si tomamos en cuenta

29 Burtch, Gordon; Ghose, Anindya y Wattal, Sunil. *An Empirical Examination of the Antecedents and Consequences of Contribution Patterns in Crowd-Funded Markets*. Information Systems Research, 2013, pp. 499–519.

30 Medina Alcoz, María. "La donación modal y los efectos del incumplimiento de la carga". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2010).

31 Belleflamme, Paul; Lambert, Thomas y Schwienbacher, Armin. *Crowdfunding: Tapping the Right Crowd 2*, 2011. http://ssrn.com/abstract=1836873 (acceso: 12/02/2020).

32 Bradford, Steven. "Crowdfunding and the federal securities laws". *Óp. cit.,* p. 15.

33 Kappel, Tim. "Ex Ante Crowdfunding and the Recording Industry: A Model for the U.S.". *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* (2009), pp. 375-376.

34 Bradford, Steven. "Crowdfunding and the federal securities laws". *Óp. cit.,* p. 16.

que tanto el promotor como el inversionista observan una contraprestación a favor de su contraparte, se puede inferir que el negocio jurídico que se configura en este tipo de *crowdfunding* es una compraventa. Sin embargo, al ser ésta una contraprestación ínfima, inequivalente o desequilibrada desde su nacimiento, el inversionista tendría la posibilidad de invocar que existió una prestación irrisoria para anular el contrato, por tal razón es necesario tomar los resguardos contractuales necesarios para minimizar dicha acepción por parte del inversionista.

3.4.3. *Crowdfunding* de pre-compra

A diferencia de la modalidad de recompensa, en la pre-compra el promotor se obliga a entregar al inversionista una o varias unidades del bien que se está produciendo con el financiamiento del *crowdfunding*[35]. En este caso es evidente que entre las partes se configura un contrato de compraventa de un bien futuro, el cual una vez producido deberá ser entregado al inversionista. Esta modalidad y la de recompensa, son las más utilizadas a nivel internacional, alcanzado un 30% del total de plataformas de *crowdfunding*[36]. Dentro de este tipo de plataformas se destacan KickStarter e IndiGoGo, dos de las plataformas más conocidas a nivel mundial. Uno de los casos de éxito más renombrados del *crowdfounding* de pre-compra es el de Oculus en KickStarter. Este juego de realidad virtual fue creado por Palmer Luckey a la edad de 19 años y logró superar su meta $250.000 en tiempo record. En el año 2014, aún en la fase de prototipado, Facebook compró la totalidad del proyecto por 2 billones de dólares[37], basándose entre otros aspectos en el alto número de pre-compras del producto en la plataforma de *crowdfunding*.

3.4.4. *Crowdfunding* de préstamo

En este caso el financiamiento se obtiene a través de préstamos monetarios de los inversionistas al promotor. Bajo esta figura, se constituye un contrato de mutuo dinerario entre los inversionistas y el promotor, el cual se obliga a restituir el monto recibido en un tiempo determinado con o sin interés dependiendo de las condiciones de cada plataforma[38]. Por las particularidades de esta modalidad de *crowdfunding*, podría inferirse de forma equívoca, que la plataforma opera como una entidad de financiamiento otorgante de crédi-

35 Kappel, Tim. "Ex Ante Crowdfunding and the Recording Industry: A Model for the U.S.". *Óp. cit.,* p. 376.

36 Rodríguez Fernández, Soledad. *Crowdfunding y economía participativa*, 2017. https://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2017/03/CAPÍTULO-6.pdf (acceso: 13/02/2020).

37 Feldman, Amy. *Ten Of the Most Successful Companies Built on Kickstarter*, 2016. https://www.forbes.com/sites/amyfeldman/2016/04/14/ten-of-the-most-successful-companies-built-on-kickstarter/#431de43669e8 (acceso: 04/05/2020).

38 Rodríguez de las Heras Ballel, Teresa. "El crowdfunding: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos". *Óp. cit.,* p. 110.

tos; sin embargo esto no es correcto debido a que la relación contractual del mutuo dinerario tiene como partes intervinientes únicamente a los inversionistas y al promotor. El impacto de esta modalidad a nivel internacional es sustancial, de acuerdo con IOSCO *Research Department,* entre los años 2006 y 2013 se obtuvieron aproximadamente 6.4 billones de dólares en préstamos mediante este tipo de plataformas[39]. KIVA, una de las principales plataformas a nivel mundial, ostenta un 96,6% de devoluciones del capital prestado, lo cual acredita el éxito de esta modalidad.

3.4.5. *Crowdfunding* por participaciones o *equity*

Bajo esta modalidad el inversionista aporta capital para un proyecto y como contraprestación obtiene una participación accionaria en la compañía que realice la iniciativa o, el inversionista puede participar en las utilidades o pérdidas que se generen únicamente de esta iniciativa o proyecto[40]. El *equitiy* ofertado por el promotor puede versar tanto sobre la compañía en general como sobre un proyecto puntual. En relación a este modelo de *crowdfunding* surge la interrogante respecto de si las plataformas operan como oferentes públicos de valores o no[41]. Esta interrogante amerita un análisis profundo ajeno a los fines de este artículo. Sin embargo, cabe mencionar que no hay una posición unánime al respecto. A través de esta modalidad la cervecería Camden Town Brewery logró captar más de tres millones de dólares mediante la oferta de un *equity* de 5.37%, superando su meta de un millón y medio de dólares. A raíz de esto en el 2015, esta compañía fue comprada por AB InBev por un monto no revelado.

4. Derecho comparado

Se han expuesto las características de las plataformas de fondos colaborativos en abstracto y se han delimitado las funciones que pueden llegar a tener las plataformas de acuerdo con el modelo que decidan utilizar. Previo a analizar la legislación ecuatoriana, corresponde considerar las disposiciones normativas que se han emitido en el Reino Unido y los Estados Unidos, países donde el *crowdfunding* ha tenido gran éxito. De esta forma se podrá comparar el modelo ecuatoriano con dichos regímenes contrastando las particularidades de cada uno.

---

39 Kirby, Eleanor y Worner, Shane. *Crowd-funding: An Infant Industry Growing Fast*, 2014. https://www.iosco.org/research/pdf/swp/Crowd-funding-An-Infant-Industry-Growing-Fast.pdf (acceso: 15/02/2020).

40 *Cfr.* Collins, Liam y Perriakis, Yannis. *The venture crowd. crowdfunding equity. investment into business*. London: Nesta, 2012.

41 Bradford, Steven. "Crowdfunding and the federal securities laws". *Óp. cit.,* p. 24.

4.1. Reino Unido

En el Reino Unido el *crowdfounding* se encuentra regulado desde el año 2014 únicamente en las modalidades de préstamo y *equity*[42]. La regulación de esta actividad está a cargo de la Financial Conduct Authoriy (en adelante FCA) y se centra principalmente en la protección del inversor a través de restricciones del tipo de cliente que puede aportar su capital en los proyectos financiados por *crowdfounding*. En el Reino Unido, las sociedades que realizan *crowdfunding* operan también como receptoras del dinero recaudado para cada uno de los proyectos que se publican. Por esta razón, dentro de las obligaciones de las plataformas de préstamo, está la de tener un capital mínimo en relación al nivel de aportaciones que reciben. Sumado a esto, las plataformas sujetas al control de la FCA, tienen que remitir a esta entidad la información y datos de los proyectos que pretenden publicar43.

4.2. Estados Unidos

El ordenamiento jurídico estadounidense es el que presenta un mayor desarrollo a nivel internacional debido al auge que ha tenido *crowdfounding* en este país. En el año 2012 la *Securities Exchange Commission* (en adelante SEC), emitió el *Jumpstart Our Business Startups Act,* conocida como *JOBS Act.* En este país la regulación también se enfoca principalmente en el *crowdfounding* de préstamo e inversión. De acuerdo con Best, Sherwood y Jones, la legislación norteamericana se caracteriza por alivianar las cargas regulatorias de las plataformas de financiamiento colaborativo, así como por proteger a los inversionistas principalmente en las modalidades de préstamo e inversión[44].

En lo que respecta a la modalidad de inversión, se restringe el aporte a inversionistas autorizados los cuales deben cumplir los siguientes requisitos: (i) ingresos anuales superiores a $200.000; (ii) riqueza neta superior a $1.000.000; y (iii) unidad familiar con ingresos anuales superiores a $300.000[45]. Existe una excepción para inversionistas no acreditados los cuales podrán aportar máximo $2.000 o una cantidad equivalente al 5% de sus ingresos anuales[46]. Sumado a esto, se establece un límite de recaudación en este tipo de *crowdfunding* de hasta 50 millones de dólares[47].

42 *Cfr. González* Serrano, Luis Cazorla. *Crowdfunding: aspectos legales.* Pamplona: Aranzadi, 2016.
43 *Ibíd.*
44 Best, Jason; Sherwood, Neiss y Jones, Davis. *How Crowdfund Investing Helps Solve Three Pressing Socioeconomic Challenges*. *Óp. cit.,* p. 24.
45 Jumpstart Our Business Startups Act (Estados Unidos de América). Sec. 302. Pub.L. 112–106. 5 de abril de 2012.
46 *Eiusdem*.
47 *Eiusdem*.

Las plataformas que presten sus actividades en los Estados Unidos, deben estar registradas ante la SEC, debiendo informar a esta entidad los aspectos societarios de la plataforma y obligándose a entregar la información financiera solicitada por la entidad. Las plataformas de *equity* deben registrarse también como *broker-dealer* de valores o portal de financiamiento[48].

4.3. Ecuador

La regulación del *crowdfunding* en Ecuador es reciente. El 28 de febrero del 2020 se publicó en el Registro Oficial la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación en la cual se regula a las compañías cuyo objeto se basa en ofertar servicios de publicidad mediante plataformas de fondos colaborativos o *crowdfunding.* El Ecuador ha optado por un modelo de *crowdfunding* encargado únicamente de publicar y promocionar proyectos en sus plataformas y así, configurar el entorno para que inversionistas y promotores celebren entre sí los negocios jurídicos correspondientes. En el modelo ecuatoriano se requiere de una cooperación entre la plataforma de *crowdfunding* y el sistema financiero ya que, por disposición de la Ley, todo financiamiento deberá realizarse a través de una entidad bancaria acreditada[49]. Este modelo adoptado por la legislación ecuatoriana se justifica en el hecho de que, si la plataforma interviene como receptora de fondos, necesariamente se convierte en una entidad de intermediación financiera la cual debe estar sujeta a la regulación de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, hecho que no resulta conveniente por los costos y riesgos que se generarían para la plataforma.

En Ecuador se dispone que todas plataformas de *crowdfunding,* deben ser compañías debidamente constituidas con base en la legislación nacional. Por tal razón, las entidades que realicen actividades de publicación de proyectos para financiamiento de fondos colaborativos están sujetas al control y regulación de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, principalmente en lo que respecta al aspecto societario[50].

Sin perjuicio de esto, las plataformas de préstamo y de *equity*, denominadas en nuestra legislación como "Financiamiento Reembolsable" e "Inversión en Acciones", respectivamente están sujetas a una regulación secundaria que deberá ser emitida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Esto, en virtud de que se requiere diseñar un mecanismo operativo que no contravenga las disposiciones normativas vigentes en materia de valores, intermediación financiera y lavado de activos.

48 *Eiusdem*.
49 Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación. Artículo 47. Registro Oficial No. 151 del 28 de febrero de 2020.
50 *Eiusdem*. Artículo 33.

En Ecuador se establece que el dinero aportado por los inversionistas solo podrá ponerse a disposición del promotor cuando se cumpla la condición publicada en la plataforma.[51] Adicionalmente se establece un monto de recaudación máxima de mil salarios básicos unificados para todas las modalidades de financiamiento, se determina además, que el plazo máximo de publicación es de seis meses y dispone que los proyectos solo pueden publicarse en una plataforma a la vez. En conclusión, se debe hacer énfasis en que, en el caso ecuatoriano, la compañía que presta sus servicios de publicidad y promoción mediante una plataforma de *crowdfunding* no recepta ningún tipo de inversión o aporte para los proyectos publicados. En este caso, la función de la plataforma es únicamente publicar y promover el proyecto y facilitar los mecanismos de inversión existentes. Lo positivo o negativo de esta decisión deberá analizarse en el futuro con base en los resultados que muestren las plataformas como medio de acceso a inversión y capital.

5. ¿Qué esperar del *crowdfunding* en Ecuador?

5.1. Las plataformas de publicidad vs. las plataformas de recaudación

Como se mencionó previamente, el Ecuador ha optado por un modelo *crowdfunding* en el cual se limita la función de las plataformas a la publicidad de proyectos. A diferencia del Reino Unido y los Estados Unidos, el modelo ecuatoriano no permite que la plataforma de fondos colaborativos actúe como receptora de los fondos que se recaudan. Esta primera diferencia es sustancial para el éxito del *crowdfunding* en Ecuador.

Antes de que se regule el *crowdfunding* en Ecuador, las pocas plataformas que existían utilizaban el modelo aplicado en los Estados Unidos y el Reino Unido. Por ejemplo, la plataforma ecuatoriana “HAZVACA”, contempla en sus términos y condiciones que los montos que se recauden se transferirán al promotor “después de que los establecimientos, proveedores de las soluciones de pago, con los que se efectúa el proceso, hayan realizado las transferencias respectivas a la cuenta de Hazvaca”[52]. Esto resulta en un inconveniente por dos aspectos principales.

Primero, se aumenta el costo de transacción para los negocios que se realicen a través del *crowdfunding* ya que existe un tercer sujeto que tendrá bajo su control la recaudación y desembolso del dinero aportado. Esto podría implicar la necesidad de regular en mayor medida a las plataformas de fondos

51 *Eiusdem*. Artículo 43.
52 Hazvaca Crowdfunding Ecuador S.A. *Términos y Condiciones.* https://www.hazvaca.com/content/pages/terms-of-service (acceso: 15/02/2020).

colaborativos ya que estas tendrían en sus cuentas altas cantidades de dinero que pueden ser malversadas. Segundo: si la plataforma recauda el dinero en su cuenta para después derivarlo al beneficiario, se estarían realizando actividades de intermediación financiera, lo cual conlleva la necesidad de que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera también reglamente a las plataformas de *crowdfunding.* Si bien esta reglamentación puede ser necesaria para las modalidades de inversión en acciones y préstamo, no se justifica para las demás modalidades en las cuales se ejecutan negocios jurídicos ajenos a los que pretende controlar la Junta.

En este sentido, el hecho de que por disposición de la Ley se restrinja la función de las plataformas a la de publicidad, implica un aspecto positivo para el *crowdfunding* en Ecuador. De lo contrario, se podrían realizar operaciones que por su complejidad ameriten una mayor regulación que a su vez afecte la dinámica y agilidad de este nuevo mecanismo. Si el Ecuador hubiese optado por el modelo estadounidense o británico, las plataformas estarían sujetas a múltiples requisitos y condiciones que afecten el desarrollo del *crowdfunding* en el país. Por esta razón, el modelo por el que ha optado la legislación del Ecuador supone una ventaja para las plataformas de fondos colaborativos.

5.2. Protección del inversionista

Otra diferencia entre la legislación ecuatoriana y, en este caso, la estadounidense, se da en la protección que se le otorga al inversionista. Por ejemplo, en el caso del país norteamericano se establecen restricciones específicas para la modalidad de *equity* o inversión en acciones, principalmente en referencia a los montos que se pueden invertir dependiendo de la experiencia o situación económica del inversor. Si bien la Ley ecuatoriana no concibe ninguna disposición puntual al respecto, esto no implica una desventaja en el caso ecuatoriano.

La doctrina que argumenta a favor de la regulación del *crowdfunding* afirma que para que un sistema financiero sea exitoso debe tener un equilibrio entre la eficiencia, la protección al inversionista y la estabilidad financiera[53]. De acuerdo con Akerloff el exceso de eficiencia en detrimento de la protección al inversor puede derivar en una falta de confianza en el mercado que a su vez derive en la terminación de los intercambios[54].

En contraposición con este criterio se argumenta que existe la posibilidad de que, si la regulación es excesiva, los costos para la plataforma sean demasiado

53 Rodríguez Fernández, Soledad. *Crowdfunding y economía participativa*, 2017. https://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2017/03/CAPÍTULO-6.pdf (acceso: 13/02/2020).
54 Akerlof, George A. "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism". *Quarterly Journal of Economics,* N. 84 (1970).

altos y se reflejen en el precio de la prestación de sus servicios. En este caso, por ejemplo, se podría incrementar el costo de la comisión que cobran las plataformas dejando de ser atractivas tanto para inversionistas como para promotores, encareciendo de esta forma el acceso al capital para los promotores y en definitiva ralentizando el aparecimiento de aquellos proyectos que no podrán ejecutarse por falta de liquidez.

Otra de las aristas que se argumentan a favor de la regulación para la protección del inversionista, es el riesgo de incumplimiento del promotor respecto de las prestaciones a las que se obliga como contraprestación al aporte económico.[55] En contraposición con este criterio, se debe considerar que el riesgo de incumplimiento no es exclusivo del *crowdfunding*. El riesgo de incumplimiento es propio de toda relación jurídica unilateral o bilateral. La posibilidad de un incumplimiento es imposible de eliminar más aún en relaciones contractuales sujetas meramente a la voluntad de las partes. Por esta razón, todos los ordenamientos jurídicos ofrecen remedios contractuales y vías judiciales que deberían ser efectivas para exigir el cumplimiento de las obligaciones, o, en su defecto, las indemnizaciones correspondientes. En este sentido, no se justificaría instaurar más regulaciones al respecto a las compañías que publicitan y promocionan proyectos mediante plataformas de *crowdfunding*.

En relación con este punto, cabe exponer el caso *State of Washington vs. Altius Managment.* En este caso, la compañía demandada levantó US$ 25.156 dólares en inversión a través de la plataforma KickStarter, bajo la modalidad pre-compra. Una vez que se cumplió la fecha para entregar los productos, la compañía promotora incumplió su contrato con los inversores los cuales nunca recibieron lo ofrecido en las condiciones expuestas por el promotor. En este caso, la Corte Superior de Washington condenó a la compañía incumplida con el pago de US$ 668 dólares a favor de cada inversionista por concepto del incumplimiento de contrato y además impuso una multa de US$ 31.000 dólares por infringir el Acta Estatal de Protección al Consumidor[56]. Analizando este caso se evidencia que no es necesario establecer una regulación específica para las compañías que poseen plataformas de *crowdfunding* por los potenciales incumplimientos del inversionista. Los Estados tienen en sus ordenamientos jurídicos los mecanismos necesarios para remediar los incumplimientos y perjuicios que pueden sufrir las partes a pesar de que estos se materialicen en contratos electrónicos expuestos en una plataforma digital.

La Ley Orgánica de Emprendimiento regula las cuestiones particulares del *crowdfunding* que no pueden ser solventadas con otras leyes. Establecer mecanismos de protección específicos, ajenos a los que ya contempla el ordena-

55 Kirby, Eleanor y Worner, Sheane. *Crowd-funding: An Infant Industry Growing Fast*, 2014. https://www.iosco.org/research/pdf/swp/Crowd-funding-An-Infant-Industry-Growing-Fast.pdf (acceso: 15/02/2020).
56 King County Superior Court. *State of Washington vs. Altius Management.* Sentencia, 22 de julio del 2015.

miento ecuatoriano, hubiese sido un equívoco ya que se podría obligar a las plataformas a cargar con costos que encarezcan su servicio, dejando de ser atractivas en el mercado de capitales.

5.3. El problema de la inversión en acciones o *equity*

Otro aspecto en el que se diferencian las legislaciones del Reino Unido y los Estados Unidos respecto de la ecuatoriana, es el régimen que se aplica para el *crowdfunding* de *equity.* Como se mencionó previamente, en el Reino Unido las plataformas que ejercen esta modalidad están bajo el control de la FCA y deben contar con una aprobación para ejercer esta forma de *crowdfunding.* Por otro lado, en los Estados Unidos se exige que las plataformas que se dedican a este modo estén registradas como *broker-dealer* o portales de financiamiento. Ecuador no contempla ninguna disposición expresa al respecto, salvo la disposición de que este tipo de plataformas se rijan a lo que en lo posterior reglamente el Consejo Nacional de Valores, lo cual implica varios inconvenientes.

En lo que respecta al Consejo Nacional de Valores, la Ley de Emprendimiento contempla un equívoco toda vez que este consejo dejó de existir desde el año 2014. En este sentido, la Disposición General Décima Novena del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley del Mercado de Valores, prescribe que se sustituya el término Consejo Nacional de Valores por el de Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera en todas las Leyes que hasta el momento contemplaban dicha denominación[57]. Si bien esta es una deficiencia de forma de la Ley de Emprendimiento, no deja de significar un inconveniente que podría afectar al desarrollo del *crowdfunding.*

Por otro lado, las disposiciones de las leyes de los Estados Unidos y el Reino Unido encuentran su razón de ser en el hecho de que lo que se está realizando en la modalidad de inversión en acciones, es una oferta pública de valores. De acuerdo con el artículo 11 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley del Mercado de Valores, se entiende por oferta pública de valores a la oferta dirigida al público en general para negociar valores en el mercado[58]. Por su naturaleza, este tipo de ofertas requieren del cumplimiento de varios requisitos que han sido obviados en la Ley de Emprendimiento. Dentro de estos requisitos constan la desmaterialización de los valores, la calificación de riesgo, la inscripción en el Catastro Público de Valores, entre otros[59].

Sumado a esto, para que se cumplan los requisitos mencionados, se requiere de la participación de una casa de valores. En contraposición con esto, las pla-

57 Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley del Mercado de Valores. Disposición Transitoria Décimo Novena. Registro Oficial Suplemento No. 215 del 22 de febrero de 2006.

58 *Eiusdem*. Artículo 11.

59 *Eiusdem*. Artículo 12.

taformas de *crowdfunding* no pueden ser casas de valores. De acuerdo con, el artículo 56 de la Ley del Mercado de Valores, las casas de valores deben tener como objeto social único la realización de las actividades prescritas en dicha ley[60]. También en contraposición con esto, el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento prescribe que las plataformas de fondos colaborativos deberán tener como objeto social único la publicación de proyectos para conectar a promotores con inversionistas[61]. En principio, estos dos objetos sociales se avizoran incompatibles, por lo tanto, resulta jurídicamente imposible que exista una plataforma de *crowdfunding* que a su vez sea casa de valores. Por esta razón, se puede inferir que la oferta de valores que se realizaría en la plataforma de fondos colaborativos es contraria a la Ley del Mercado de Valores.

Estas inconsistencias reflejan un aspecto negativo de la regulación ecuatoriana en materia de *crowdfunding.* No existe armonía entre la Ley de Emprendimiento y las leyes que rigen el mercado de valores, aun cuando lo que se realiza en la modalidad de inversión en acciones es una oferta pública de los mismos. Si bien esto no afecta a las demás modalidades, se requiere de una reforma a la Ley para subsanar dicho error. De lo contrario el desarrollo de esta forma de *crowdfunding* resultaría imposible en el Ecuador.

5.4. Prevención de lavado de activos

El riesgo de que a través del financiamiento de proyectos mediante *crowdfunding* se lave o blanquee dinero proveniente de actividades ilícitas, surge como uno de los mayores contingentes tanto a nivel local como a nivel internacional[62]. No obstante, se debe tomar en consideración que al igual que con los incumplimientos contractuales, el lavado de activos no es un problema exclusivo del *crowdfunding*, ya que puede darse por múltiples vías ajenas a esta herramienta de financiamiento.

Cabe recalcar que en la mayoría de países existen medidas generales y exclusivas para el *crowdfunding,* destinadas a prevenir el lavado de activos. Por ejemplo, como se mencionó, en los Estados Unidos y el Reino Unido, existe la obligación de proveer información periódica a la autoridad de control para que esta revise las transacciones realizadas a través de las plataformas. En el caso específico del Ecuador, al igual que en otras legislaciones, se establece que todas las transacciones que se realicen para el *crowdfunding* deben ser bancarizadas, es decir que se utilicen medios de pago electrónicos de entidades del sistema financiero para su acreditación en las cuentas de los diferentes

60 *Eiusdem*. Artículo 56.
61 Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación. Artículo 47. Registro Oficial No. 151 del 28 de febrero de 2020.
62 Rodríguez Fernández, Soledad. *Crowdfunding y economía participativa*, 2017. https://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2017/03/CAPÍTULO-6.pdf (acceso: 13/02/2020).

promotores de cada uno de los proyectos. Si bien esto no exime el riesgo del lavado de activos en su totalidad, mitiga este contingente, ya que el dinero que se aporta debe estar ya ingresado y verificado por el sistema financiero. En caso contrario, resulta más fácil derivar en la fuente ilícita del mismo.

6. Conclusión

El acceso a financiamiento es neurálgico en una economía de mercado, por lo tanto, al ser insuficientes los sistemas tradicionales, las plataformas de fondos colaborativos o *crowdfunding* implican una iniciativa disruptiva en el mercado de capitales. Esta herramienta ha surgido por la alta demanda de financiamiento, la cual no es equivalente a la oferta de los sistemas bancarios y bursátiles. La novedad de este mecanismo de financiamiento conlleva complejidades de relevancia legal tales como la delimitación de la función de las plataformas, la protección a los inversionistas, la armonía con las leyes vigentes y la prevención del lavado de activos.

La legislación ecuatoriana en materia de *crowdfunding* ha optado por un modelo diferente al de las principales legislaciones a nivel internacional. Las plataformas de fondos colaborativos en Ecuador se encuentran limitadas por la Ley a la función de publicitar los proyectos, estando prohibidas de recaudar fondos en sus cuentas. Esto, si bien es ajeno a la tendencia mayoritaria a nivel internacional, conlleva beneficios que se resumen en la reducción de costos de transacción y en el evitar regulaciones mayores. Al ser el *crowdfunding* una creación del mercado, corresponde ser cuidadoso en el ánimo de regular esta herramienta, ya que de ser esta regulación excesiva se podría afectar al desarrollo de estas plataformas. Por esta razón, la legislación ecuatoriana ha sido cautelosa en no imponer más restricciones de las necesarias incluso en materia de protección al inversionista. Como se mencionó previamente, la Ley de Emprendimiento no contempla mecanismos específicos para los inversionistas del *crowdfunding.* Esto constituye un beneficio para las plataformas de fondos colaborativos, las cuales no tienen que asumir dichos costos, sin que esto signifique que el inversionista está desprotegido, ya que éste cuenta con los mecanismos civiles propios del ordenamiento jurídico ecuatoriano para ejercer sus derechos.

Respecto de la armonía normativa, se ha evidenciado que la Ley de Emprendimiento se contrapone con la legislación nacional del mercado de valores. Estas contradicciones implican que la modalidad de inversión en acciones sea en principio inejecutable en Ecuador. Esto no afecta a las demás modalidades, pero es algo que debe tomar en cuenta el legislador para una potencial reforma a futuro.

Por último, en materia de lavado de activos la legislación ecuatoriana ha optado por la bancarización de las transacciones, siendo éste uno de los mecanismos que se establecen para evitar transacciones cuyo origen sea ajeno a la Ley. Si bien esto no exime el riesgo del blanqueamiento de capitales, no es menos cierto que este ilícito no es exclusivo del *crowdfunding*. Por lo tanto, la prevención o castigo de dicha actividad corresponde a leyes específicas de la materia y no a la Ley de Emprendimiento en lo que respecta al *crowdfunding*.

El *crowdfunding* es una creación del mercado, por lo tanto debe regularse con mucha cautela, pues en caso contrario podría volverse obsoleta e ineficiente. Si bien su regulación en Ecuador contempla equívocos como la contradicción con las leyes del mercado de valores, esta se avizora favorable para las plataformas de fondos colaborativos. Por la novedad de este mecanismo, quedan pendientes muchos análisis sobre las particularidades, riesgos y soluciones de las plataformas de fondos colaborativos, no obstante, el Ecuador ha dado un buen paso en la apuesta por las plataformas de *crowdfunding*.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



El Leasing Financiero: una herramienta jurídica y económica subutilizada en Ecuador

Financial Leasing: An Underused Legal and Economic Tool in Ecuador

Becky Raquel Montesdeoca Molina*
Cinthia Carolina Almeida Vintimilla**

Recibido / Received: 28/02/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1730

Citación:
Montesdeoca Molina, B. R., y C. C. Almeida Vintimilla. «El Leasing Financiero: una herramienta jurídica y económica subutilizada en Ecuador». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 55-79, doi:10.18272/ulr.v7i1.1730.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: bmontesdeoca@estud.usfq.edu.ec; becky_2204@hotmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-6363-1155

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: ccalmeidav@estud.usfq.edu.ec; cintialmeidav@hotmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-4043-6901

Resumen

El presente ensayo constituye un acercamiento a uno de los contratos mercantiles más relevantes alrededor del mundo: el leasing. El análisis realizado busca ir más allá de la naturaleza jurídica del contrato y de las disposiciones legales que lo atañen, se centra en contemplar los aspectos económicos, tributarios y contables del mismo, presentándolo como una forma de obtener financiamiento, evitar la obsolescencia de bienes y lograr ciertas ventajas operativas. Las partes involucradas en este contrato alcanzan los beneficios específicos que esta figura otorga, y los países que fomentan su uso presentan un mayor índice de modernización en la industria, así como impactos positivos en el Producto Interno Bruto. Se toma como caso de estudio a Ecuador, considerando el ordenamiento jurídico aplicable, así como los beneficios y desventajas presentes en el país. Este trabajo busca darle una mirada integral al leasing, yendo más allá de lo jurídico, en un contrato que ha evolucionado desde los inicios del comercio hasta la actualidad.

Palabras Clave

Arrendamiento mercantil; utilidad económica; dominio; uso; canon; contrato; vida útil; amortización; LIBOR; Ecuador

Abstract

This essay is an approach to one of the most relevant commercial contracts around the world: leasing. The analysis carried out seeks to go beyond the legal nature of the contract and the legal provisions that concern it, focusing on the economic, tax and accounting aspects thereof; presenting it as a way of obtaining financing, avoiding the obsolescence of goods and gainig certain operational advantages. The parties involved in this contract achieve the specific benefits that this figure grants, and the countries that encourage its use have a higher rate of modernization in their industry as well as positive impacts on the Gross Domestic Product. Ecuador is taken as a case study, considering the applicable legal system as well as the benefits and disadvantages present in the country. This work seeks to give a comprehensive look at leasing, going beyond the legal, in a contract that has evolved from the beginning of trade to the present.

Keywords

leasing; economic use; ownership; use; lease fee; contract; useful life; amortization; LIBOR; Ecuador

1. Introducción

El leasing puede definirse como un contrato de origen económico que permite el uso y goce de un bien a cambio del pago periódico, que además comprende la posibilidad de adquirir el dominio de este, una vez finalizado el período inicial y que la empresa de leasing ha recuperado la inversión realizada para adquirir el bien en un primer momento. Sin embargo, el leasing va mucho más allá de una figura mercantil. Se ha utilizado desde hace varios siglos, ha tenido un rol importante dentro de la modernización de la industria de múltiples naciones y mueve una gran cantidad de recursos cada año. No se trata de una simple figura jurídica, por lo que el presente análisis busca estudiarlo desde una óptica que no se limite a lo legal.

Se comienza revisando la historia del leasing, desde sus usos previos a que sea un contrato típico, hasta su aplicación e importancia en diversos mercados a lo largo del tiempo. Se toma como caso de estudio al Ecuador, por lo que para entender la actualidad del contrato en este país se requiere recoger sus inicios legales y circunstanciales, lo que contextualiza el análisis normativo y económico realizado en la actualidad. El leasing es una figura bastante reconocida, sin embargo, la mayoría de los estudios se centran únicamente en su superficie, sin contemplar sus diversos tipos, su base económica ni la aplicación que tiene en ramas como la contabilidad, el derecho tributario o los objetivos empresariales.

Consideramos que el leasing como un contrato ampliamente utilizado en el mundo y que cuenta con ventajas importantes y diferenciadas que merecen ser explicadas y tomadas en cuenta como una fuente alternativa de financiamiento, evitar la obsolescencia, permitir el desarrollo industrial e incluso, en ciertos casos, ser una alternativa medio ambiental más amigable que la compraventa de ciertos bienes.

Finalmente, creemos relevante analizar la cultura ecuatoriana para comprender las razones por las que el leasing no se ha desarrollado ampliamente en el país ni ha modernizado su industria a pesar de los beneficios que presenta. El presente estudio parte de la idea de que el Derecho no debe mantenerse al margen de la realidad de aplicación de los contratos, por lo que se centra en los elementos que intervienen más allá de lo legal.

2. Historia del contrato de leasing

El contrato de leasing presenta diferentes acepciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada país, ha experimentado un fuerte desarrollo durante los últimos cuarenta años[1], especialmente en Estados Unidos, Europa

1 Barger, Teresa y Kuczynski, Irving. *Leasing in emerging markets.* Washington. D.C.: Library of Congress, 1996, p. 8.

y Asia[2]. Sin embargo, esta institución jurídica se encuentra lejos de ser una operación novedosa, por lo que, para comprender cabalmente su uso jurídico y económico en la actualidad, es preciso acercarse a sus orígenes y evolución histórica, tanto de manera global como en el Ecuador. El leasing corresponde a un tipo de transacción comercial que ha sido utilizado desde la antigüedad. Sus raíces se remontan miles de años atrás, lo que se ha comprobado a través de diversos trabajos de investigación[3]. Es así, como los registros más antiguos de formas básicas de leasing datan de aproximadamente 2000 años A.C., y se han encontrado en la antigua ciudad de Ur, en la región de Sumeria al sur de Mesopotamia[4].

Aquel tipo primitivo de leasing no varía en esencia del contrato actual, ya que consistía en el arrendamiento de herramientas de labranza a los campesinos por parte de representantes de la iglesia, quienes eran, a la vez, funcionarios del gobierno. Dentro de la ciudad de Ur se solía realizar leasing no sólo de bienes muebles sino también de predios, transacciones que quedaron registradas en tablas de arcilla descubiertas en 1984[5]. Con tal antecedente, el rey Hammurabi de Babilonia reconoció la existencia de ciertas clases de propiedades, tanto personales como reales, dentro de su conocido código de leyes. Así también, los griegos y romanos en el 550 A.C. realizaban operaciones de arrendamiento con las características similares a las actuales del leasing, e incluso Justiniano llevó a cabo una distinción entre el leasing financiero y el arrendamiento de bienes a corto plazo dentro del *Corpus Iuris Civilis*[6].

El leasing fue desarrollándose a la par del comercio, por lo que existe una estrecha relación entre este tipo de acuerdos y nuevas formas de obtener recursos o transportarlos, como es el caso del fletamento de embarcaciones, cuyo origen se remonta a los Fenicios, donde se rentaba la embarcación y la tripulación. Se resalta el hecho de que el arrendamiento de embarcaciones dentro de esta modalidad contenía los elementos esenciales de un contrato de leasing financiero actual, puesto que el bien permanecía dentro de la posesión del arrendatario quien mantenía la obligación de pago y conservación de la embarcación durante el tiempo de vida útil del bien[7]. De hecho, en los contratos de leasing dentro del *common law* se ha mantenido una cláusula denominada «*hell or high water clause*» que hace referencia a la obligación de continuar con el pago periódico sin importar las dificultades que puedan

2 Nevitt, Peter K.; Fabozzi, Frank J. y Vaniss Mathex, Jojy. *Equipment Leasing.* Pennsylvania: Editorial Consultant: Megan Orem, 2000, p. 21.
3 Vidal Blanco, Carlos. *El Leasing, una innovación en la técnica de la financiación.* Tesis doctoral. Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1976, p. 7.
4 *Ibíd.*
5 Das, Subhamoy. *Perspectives on Financial Services.* New Delhi: Allied Publishers Pvt. Ltd., 2009, p. 127.
6 Nevitt, Peter K.; Fabozzi, Frank J. y Vaniss Mathex, Jojy. *Equipment Leasing*. Pennsylvania: Editorial Consultant: Megan Orem, 2000, p. 21.
7 *Ibíd.*

presentarse para el arrendatario8, cuyo origen se remonta a este tipo de operaciones mercantiles.

Durante cientos de años estos negocios jurídicos no fueron reconocidos por las leyes en los sistemas de derecho civil, ni por la jurisprudencia en el derecho de los comunes, lo que, sin embargo, no impidió que fueran empleados de manera regular. Posteriormente, se reconoció el uso extensivo del leasing y se lo comenzó a reconocer como un acuerdo con consecuencias jurídicas específicas[9]. En el Reino Unido para la década de 1840 varias empresas iniciaron el arrendamiento de vagones dentro de esta modalidad, lo que catapultó su empleo y para la década de 1870 en Estados Unidos de América se había tomado el mismo modelo utilizando certificados como garantía de los bienes arrendados[10]. Sin embargo, no fue sino hasta 1952, a raíz de la fundación de la primera compañía especializada en leasing, que esta operación pasó de ser una técnica comercial a un servicio financiero especializado[11].

De hecho, el término leasing proviene del verbo "*to lease*" cuya traducción literal significa alquilar, mismo que fue empleado por primera vez por el empresario norteamericano D.P. Boothe, Jr., quien pudo cumplir con su obligación de suministro al ejército estadounidense sin necesidad de recurrir al financiamiento tradicional. Siendo él mismo quien creó la empresa "*U.S. Leasing*", la primera en su tipo en el mundo[12]. Aquel fue el punto de partida en el país norteamericano, y para el año de 1976 la revista "*Fortune*" reportó que 800 empresas se dedicaban a brindar esta forma de crédito. Posteriormente, se desarrolló masivamente como una forma de proveer a diversas empresas de maquinaria para los más variados propósitos, y se extendió a Europa y Japón desde la década de 1960. Así, la primera empresa de leasing en Europa fue la "*Mercantile Leasing Company Ltd.*" ubicada en Reino Unido, conformada por la sociedad americana "*United States Leasing Corporation*" y la financiera inglesa "*Mercantile Credit Company S.A.*"[13].

Sin embargo, la respuesta del mercado inglés no fue la esperada, ya que las condiciones de la economía eran distintas a la estadounidense. A pesar de ello, las empresas de leasing continuaron extendiéndose en Europa, y para el año de 1962 se creó la primera empresa francesa, siendo este país el lugar donde operaban la mayor cantidad de empresas dedicadas a tal fin. En Francia se dio reconocimiento legal a la figura del leasing en 1967, denominándola *credit-bail*[14]; misma que fue rápidamente aprovechada por las entidades finan-

8 Whelan, Stephen; Strauss, Robert D. y Flick, Lawrence F. "Leases". The Business Lawyer, Vol.46, No. 4 (1991), p. 1509.

9 Nevitt, Peter K.; Fabozzi, Frank J. y Vaniss Mathex, Jojy. *Equipment Leasing*. Pennsylvania: Editorial Consultant: Megan Orem, 2000, p. 24.

10 Das, Subhamoy. *Perspectives on Financial Services*. *Óp. cit.,* p. 127.

11 Barger, Teresa y Kuczynski, Irving. *Leasing in emerging markets*. *Óp. cit.,* p. 8.

12 Sandoval López, Ricardo. *Operación de leasing*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 11.

13 Cogorno, Eduardo Guillermo. *Leasing teoría y técnica de los nuevos contratos mercantiles*. Quito: Superintendencia de Compañías, s.f, pp. 16-17.

14 Torrontegui Martínez, Miren. Leasing: aspectos técnicos, económicos y jurídicos. Quito: Universidad Central del Ecuador,

cieras, ya que contaban con el capital necesario. Para 1963 podían encontrarse empresas de Leasing en Alemania, Bélgica, España e Italia[15]. La expansión hacia Latinoamérica se dio en años posteriores, siendo Argentina el país pionero en el reconocimiento legal del leasing; en este caso precediendo incluso al uso real del mismo.

El reconocimiento ocurrió el 15 de enero de 1969 con la aprobación a la ley 18.601 que se encargó de normar al leasing como una forma de financiamiento[16]. Sin embargo, en Argentina existió un primer acercamiento previo al leasing en 1957, cuando a través del decreto ley 13.130/57 se permitió su uso al Banco de Crédito Industrial Argentino para la compra de maquinaria y otros elementos para venta y arrendamiento[17]. En el caso de Chile la iniciativa surgió con la creación de la primera empresa especializada «Leasing Andino S.A.» a través de una iniciativa conjunta del Banco de Vizcaya y el Banco de Chile en 197718. Mientras que la regulación se dio de forma más bien tardía en países como Venezuela (1982), México (1981) y Colombia (1994) donde el beneficio que ha obtenido cada economía ha sido distinto, siendo el leasing un factor importante para el crecimiento industrial de México[19].

La principal ventaja de aplicación del leasing se encuentra en la posibilidad de utilizar equipos modernos, disociando la vida económica del bien de su vida física. Así también es una importante ventaja la posibilidad de obtener financiamiento de una manera alternativa, siendo la razón de ser del leasing "financiar la explotación de un bien que viene requerida por el proceso productivo del usuario"[20]. La gran acogida de esta institución causó que, para el año de 1994 el leasing haya sido establecido en más de 80 países y que varios tipos de bienes se hayan financiado a través del leasing en más de $350 mil millones de dólares[21]. De esta forma, el leasing se ha posicionado como una herramienta económica importante y como uno de los contratos empresariales de mayor relevancia en el mundo, categoría que mantiene actualmente.

3. Historia del contrato de arrendamiento mercantil y régimen legal en el Ecuador

En Ecuador, el desarrollo histórico del leasing tiene sus orígenes en los años setenta, a partir del fortalecimiento del sector agro-exportador, que promovió el desarrollo de la actividad comercial y financiera. Así, se inició un proceso de

1993, p. 17.

15 Cogorno, Eduardo Guillermo. *Leasing teoría y técnica de los nuevos contratos mercantiles. Óp. cit.,* p. 18.

16 Torrontegui Martínez, Miren. *Leasing aspectos técnicos, económicos y jurídicos*. *Óp. cit.,* p. 33.

17 Cogorno, Eduardo Guillermo. *Leasing teoría y técnica de los nuevos contratos mercantiles*. *Óp. cit.,* p. 19.

18 Ortúzar Solar, Antonio. *El contrato de leasing*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 10.

19 Torrontegui Martínez, Miren. *Leasing aspectos técnicos, económicos y jurídicos*. *Óp. cit.,* pp. 31-34.

20 De la Cuesta Rute, José María. *El contrato de leasing o arrendamiento financiero: 40 años después*. s.f. http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf (acceso: 16/02/2020).

21 Barger, Teresa y Kuczynski, Irving. *Leasing in emerging markets*. *Óp. cit.,* p. 7.

industrialización que requería de una gestión empresarial formal, impulsada por la Ley de Compañías y las leyes de fomento, la actividad empresarial se incorporó en el sector moderno de producción[22]. El contrato de leasing fue tipificado, por primera vez, en el Decreto No. 3121 del Consejo Supremo de Gobierno, del 22 de diciembre de 1978[23], y publicado en el Registro Oficial No. 745 de 5 de enero de 1979[24]. En lo principal, el artículo inicial prescribía que el arrendamiento de bienes muebles o inmuebles tiene carácter mercantil[25]. La finalidad del Decreto No. 3121, que regulaba el contrato de leasing en dieciséis artículos, era la de crear una institución ágil, que prescindiera de técnicas y recursos jurídicos innecesarios, y que fuera reconocida como una alternativa financiera que generara beneficios para los contratantes y para la economía nacional[26].

Posteriormente, en 1980, se promulgó el Reglamento para la aplicación del Decreto Supremo No. 3121 a través de un acuerdo ministerial entre el Ministerio de Finanzas y el de Industrias, Comercio e Integración, mismo que estableció la forma de recibir los beneficios otorgados al arrendamiento mercantil. Con este se buscaba descentralizar y dinamizar los trámites para acceder a estos, lo que evidencia que se quería fomentar su uso a la par de ofrecer facilidades administrativas. Así mismo, la Ley de Arrendamiento Mercantil contribuyó al desarrollo y a la evolución del campo mercantil y financiero de Ecuador, ya que a partir de su promulgación se constituyeron diversas empresas de Leasing, entre las cuales destacan: Leasing del Pacífico S.A., Contileasing, Invesplan, Leasa S.A-[27]. Consecuentemente, la evolución del Leasing en Ecuador propició la creación de la "Asociación de Compañías de Arrendamiento Mercantil (ACAME)" en 1981, cuyo objetivo era el de estudiar los temas de índole jurídica financiera referentes al leasing financiero[28].

El mayor uso del contrato de arrendamiento mercantil en el Ecuador fue recogido por la Superintendencia de Compañías en 1984 en una publicación especializada, de la que se obtiene una evaluación de los primeros años de regulación jurídica de este contrato. Así, para el año de 1979 se registró un único contrato de leasing, cantidad que incrementó a 29 contratos registrados al año siguiente y 153 tan sólo en el primer semestre de 1981. Además, la publicación colige que los sectores de la construcción y manufactura fueron los que más utilizaron este recurso. También muestra que varios gerentes de empresas de leasing entrevistados lo presentaban como un mecanismo jurí-

22 Superintendencia de Compañías del Ecuador. *El arrendamiento mercantil (leasing) en el Ecuador*. Quito: Superintendencia de Compañías, 1984, p. 1.
23 *Id.*, p. 4.
24 Laniado, Mauricio y Zorilla, Martha. *El arrendamiento mercantil en el Ecuador: manual jurídico – financiero.* Guayaquil: Imprenta Jomar, 1986.
25 *Id.,* p. 4.
26 Laniado Castro, Mauricio y Zorrilla de Durán, Martha. *El arrendamiento mercantil en el Ecuador manual jurídico – financiero*. *Óp. cit.,* p. 32.
27 *Ibíd.*
28 *Ibíd.*

dico ventajoso al permitir la liberación de capitales, una disminución en sus cargas tributarias, la ampliación de la capacidad de endeudamiento, como una protección contra la obsolescencia e inflación, entre otros. Conviene agregar que la razón principal por la que los entrevistados aseguraron haber recurrido al uso del leasing fue la posibilidad de cubrir totalmente la operación para obtener el uso del equipo sin utilizar recursos propios, es decir, preferían el leasing financiero al operativo.

Dentro del estudio anteriormente mencionado se destaca un análisis tributario al contrato del Leasing, donde se concluye que únicamente en 1981 el Estado recibió alrededor de 25 millones de sucres por concepto de pago de impuestos sobre el registro de estos contratos, siendo que para ese momento correspondía pagar el 2.1 por ciento sobre el valor total del contrato. Una de las conclusiones a las que llegó es que el fortalecimiento del uso del arrendamiento mercantil en el Ecuador produce la aparición de nuevas actividades productivas, lo que repercute favorablemente en la economía y eventualmente produce un incremento en los sujetos de tributación, beneficiando al Estado.

Sin embargo, pese a la alta expectativa que se mantenía por el uso del arrendamiento mercantil en el Ecuador, este no se desarrolló como se esperaba. Las causas pueden ser varias, como la falta de desarrollo industrial del país, la crisis financiera de fines de los años 90, los cambios normativos de esta figura e incluso la poca difusión que ha recibido el arrendamiento mercantil como una herramienta para el desarrollo.

Cabe recalcar que, si bien, el Decreto No. 3121 se mantuvo vigente hasta mayo de 2019 cuando entró en vigor el nuevo Código de Comercio, a lo largo de los años se incorporaron varios cambios y regulaciones al régimen de arrendamiento mercantil, siendo relevante que en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos publicada en 1998, se facultó "[…] a realizar operaciones de arrendamiento mercantil en calidad de arrendadores a los bancos, sociedades financieras, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda, las compañías de arrendamiento mercantil y la Corporación Financiera Nacional"[29]; facultad que se mantuvo en la Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero publicada en 2001. Sin embargo, en el Código Orgánico Monetario y Financiero no se contempla dicha posibilidad dentro del Art. 194 que prescribe las operaciones que pueden realizar las entidades financieras[30]. Y, siendo que las actividades financieras son de orden público por disposición constitucional (Art. 308), no es posible que estas participen en tal tipo de operaciones sin autorización previa de la autoridad administrativa competente[31].

29 Codificación Resoluciones Superintendencia Bancos 1998, Capítulo IV.- Constitución, Organización y Funcionamiento de las Compañías de Arrendamiento Mercantil. Artículo 2. Registro Oficial No. 254 de 10 de febrero de 1998.
30 Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículo 194. Registro Oficial No. 332 de 05 de septiembre de 2014.
31 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 308. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Esta disposición legal resulta en una especie de limitación sobre la posibilidad de expandir el uso del leasing financiero, ya que este tipo de operación requiere de un capital importante, que en muchas ocasiones las empresas especializadas en leasing no poseen, motivo por el que tradicionalmente esta operación se ha realizado a través de entidades financieras, ya sea de manera directa o por medio de servicios complementarios. Resulta interesante la falta de análisis doctrinario al respecto en Ecuador. En la actualidad el régimen jurídico respecto al arrendamiento mercantil se encuentra contemplado en el Código de Comercio de mayo de 2019. Sin embargo, es conveniente mencionar que la norma más reciente no introduce cambios relevantes a los primeros 11 artículos del Decreto No. 3121 de 1978, manteniendo así las regulaciones y requisitos principales, además de la naturaleza jurídica del arrendamiento mercantil.

4. Definición y naturaleza jurídica

Al ser el leasing una herramienta con orígenes económicos y prácticos mucho más que jurídicos, se requiere analizar la operación económica como tal para comprender el concepto detrás de este tipo de contratos. Así, se puede entender al leasing como el negocio que realiza la persona, natural o jurídica, que desea obtener el uso y goce de un bien de capital productivo sin tener que adquirir el dominio del mismo[32]. Sin embargo, una definición más profunda de este contrato requiere necesariamente que se diferencie entre las varias clases de contrato de leasing que existen, ya que "el sentido y significado de la operación sólo puede obtenerse a partir de una tarea de definir o demarcar los elementos que le dotan de estructura"[33]. Esto implica que cualquier definición requiere de una descripción de los elementos que configuran esta relación contractual.

Durante varios años, el análisis doctrinario sobre la naturaleza jurídica de estos contratos se basó en el estudio realizado por el autor español José María de la Cuesta dentro de su publicación "Reflexiones en torno al leasing" de 1970. Siendo este el segundo trabajo en publicarse en la lengua española, el análisis implícito del autor fue considerar que el leasing era un contrato innominado. Sin embargo, De la Cuesta recalca, en una publicación realizada casi cuarenta años más tarde, que no pretendía definir una supuesta naturaleza jurídica del leasing, a pesar de que varios autores lo consideraron de ese modo[34]. Si no que, reafirmó que el objetivo de su trabajo anterior era el que se considere a esta figura en su función, por encima de su estructura, siendo esta la de financiar la explotación de la cosa como objeto real del contrato. Mucho se ha discutido

32 Sandoval López, Ricardo. *Operación de leasing.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 17-18.
33 De la Cuesta Rute, José María. *El contrato de leasing o arrendamiento financiero: 40 años después,* s.f. http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf (acceso: 16/02/2020).
34 *Ibíd.*

sobre la naturaleza jurídica del leasing, y se ha buscado encajarlo dentro de otros contratos típicos con los que guarda relación o se ha pretendido tratarla como una figura radicalmente distinta. Existe una equívoca concepción sobre la naturaleza jurídica del leasing que ha sido constantemente empleada, misma que lo considera como un matiz del contrato de arrendamiento con modalidades propias. Sin embargo, no es posible considerarlo de este modo, ya que en el leasing no se contemplan las obligaciones impuestas al arrendador sino unas distintas dadas por la misma función económica del negocio. Además, la diferencia principal radica en que en el leasing existe la posibilidad de adquirir el dominio del bien con base en el mismo contrato, lo que no es factible en el arrendamiento. La concepción moderna más aceptada implica afirmar que se trata de una figura "conformada por la simbiosis de técnicas jurídicas diferentes" lo que la vuelve completamente distinta al arrendamiento, la compraventa a crédito o a la reserva de dominio[35]. De este modo el leasing debe ser considerado como un contrato autónomo, que cumple funciones específicas, por lo que no resulta de utilidad el intentar asimilarlo en su totalidad a cualquiera de las figuras contractuales clásicas.

A pesar de lo expuesto, carece de verdadera relevancia el determinar exactamente cuál es la naturaleza jurídica del leasing, ya que establecerla no resuelve las principales interrogantes que produce: ¿en dónde radica su utilidad? ¿cuál es el atractivo especial que tiene este contrato? Para entenderlo efectivamente se requiere ir más allá del mero estudio jurídico de la institución, ya que el leasing surgió como una operación de mercado que solucionaba problemas reales entre comerciantes; como casi toda evolución del Derecho mercantil[36]. Así también se resalta la corriente de utilizar como denominación para esta figura el anglicismo leasing, ya que al utilizar en su denominación una variante del término arrendamiento se podría contaminar su significado con elementos que le resultan extraños, siendo, también, ventajoso el empleo de una palabra común universalmente reconocida[37], tendencia que consideramos beneficiosa para su estudio. En suma, para definir al leasing se requiere analizar sus diversas formas, poniendo especial énfasis en su utilidad económica como el elemento diferenciador entre unas y otras.

5. Clases de leasing

Partiendo de la idea de que el leasing debe ser estudiado con base en las relaciones económicas que constituye, se procede a describir y analizar las principales formas que toma esta figura:

35 Boneo Villegas, Eduardo y Barreira Delfino, Eduardo. *Contratos Bancarios Modernos.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, pp. 92-94.
36 Polar, Nicolás. *Ventajas y desventajas del contrato de arrendamiento financiero,* 2000. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11677/12227 (acceso: 26/02/2020).
37 De la Cuesta Rute, José María. *El contrato de leasing o arrendamiento financiero: 40 años después,* s.f. http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf (acceso: 16/02/2020).

1. Leasing operativo o industrial: surgió en Estados Unidos como una iniciativa de los Departamentos Financieros y Comerciales de las empresas industriales que buscaban deshacerse de sus mercancía**s**. Sus orígenes son anteriores a los del leasing financiero y, es en esencia, una figura jurídica equivalente al arrendamiento o *renting*, pues, en el leasing operativo el usuario adquiere el material o los bienes directamente de la persona que los produce o provee. En consecuencia, una de las características del leasing operativo es que la sociedad que arrienda el bien cumple el doble rol de ser proveedora y arrendadora. Adicionalmente, este tipo de leasing se caracteriza por ser un contrato de corto plazo, generalmente de un año de duración, que puede ser revocado en cualquier momento por el usuario, previo aviso a la Sociedad Arrendadora[38].

En el leasing operativo, a diferencia del leasing financiero, no es indispensable que se amortice el equipo arrendado al período de duración del contrato, pues las partes convienen en un tiempo menor al que se espera que dure el bien. Al respecto, es importante mencionar que con frecuencia el arrendador confiere ciertos servicios adicionales remunerados en favor del arrendatario, como mantenimiento, asistencia técnica o reparación. En la práctica, el leasing operacional se efectúa con equipos estándar de gran demanda, que son fácilmente arrendables o vendibles, como aparatos electrónicos y vehículos[39]. A pesar de lo expuesto, el leasing operacional ha sido criticado por la doctrina ya que no reúne todas las características de este tipo de contrato, pues este se manifiesta como una forma concreta de prestar un servicio que no responde a las inversiones de la empresa ni genera un beneficio económico significativo[40].

2. Leasing Financiero: se originó en Estados Unidos, en el año 1952, con la destacada intervención de los bancos y de las entidades financieras en la economía. El leasing financiero es la única figura jurídica que se ajusta a la naturaleza y esencia originaria del leasing, pues constituye una técnica de financiación que se caracteriza porque la sociedad de leasing, a petición del cliente, adquiere la propiedad de los bienes requeridos y se los entrega a cambio de una remuneración. Así también, el usuario tiene la facultad de prorrogar el contrato ante el cambio de las situaciones que lo originaron o puede adquirir la propiedad del bien arrendado mediante su compra cuando se ha cumplido el plazo pactado[41].

Dentro del leasing financiero la sociedad de leasing constituye un intermediario en circulación monetaria, pues le permite al cliente solventar su necesidad de adquirir un bien determinado a través de un mecanismo diferente de una operación de crédito común[42].

38 Cevallos Vásquez, Víctor. *Manual de Derecho Mercantil.* Quito: Editorial Jurídica, 1994, p. 358.
39 *Ibíd.*
40 *Ibíd.*
41 *Id.,* p. 359.
42 Sandoval López, Ricardo. *Operación de leasing. Óp. cit.,* p. 10.

3. *Lease back:* es un contrato en el que no interviene el fabricante o vendedor del bien, pues en su defecto la empresa propietaria del objeto es la encargada de enajenar el bien a favor de la compañía de leasing, y, ésta a su vez, cumple la función de arrendarlo en leasing. Con respecto a este contrato, se debe precisar que, en el primer arrendamiento que se produce el *lease back* no se usa el bien, ya que la compañía de leasing lo cede a favor del nuevo arrendatario. Debido a ello, una vez que fenece el plazo del primer contrato, la empresa de leasing está en la obligación de adquirir la propiedad del bien que se encuentra arrendando, dado que en el supuesto de que la segunda empresa financiada decida comprar el bien, la empresa de leasing pueda transferir el dominio de este[43].

Con base en la naturaleza mueble o inmueble de los bienes cuya propiedad se financia a través del *lease back,* se distingue entre el leasing mobiliario y el leasing inmobiliario. En la práctica el leasing mobiliario es más utilizado por su accesibilidad, pues, según el valor de los bienes objeto del contrato, se celebra mediante instrumento privado y se añade un pagaré suscrito ante notario o por medio de escritura pública. Por su parte, en el leasing inmobiliario el contrato imperiosamente se celebra mediante escritura pública con la finalidad de inscribir las hipotecas y convenciones referentes al contrato[44].

4. Leasing directo y leasing indirecto: el leasing directo permite que el usuario adquiera un bien a su elección, que se caracteriza por no ser de uso corriente. En consecuencia, involucra un riesgo para la compañía de leasing en lo referente a la recolocación del bien en el mercado. En cambio, el leasing indirecto involucra bienes de uso corriente mediante un acuerdo entre el fabricante y la empresa de leasing. En el leasing indirecto el fabricante garantiza el servicio técnico del bien y la reposición del mismo ante su mal funcionamiento[45].

6. Análisis económico del leasing financiero

Siendo que el uso principal que se le da al leasing es el de un método de financiamiento, resulta conveniente analizar de manera económica a este tipo de negocio. Este se configura como una operación de financiamiento a mediano y largo plazo, ello a causa del costo de los bienes que serán objeto del contrato, ya que el arrendador requiere recuperar la inversión realizada además de la respectiva ganancia en un período de tiempo determinado. Esta relación se materializa entre el arrendador, siendo este una empresa especializada, y el arrendatario que se encuentra interesado en "incorporar, renovar o moderni-

43 Cevallos Vásquez, Víctor. *Manual de Derecho Mercantil. Óp. cit.,* p. 359.
44 Sandoval López, Ricardo. *Operación de leasing. Óp. cit.,* pp. 10-11.
45 *Ibíd.*

zar sus equipos productivos [...] en pro de la obtención de mejores niveles de eficiencia y competitividad"[46]. Existe una gran variedad de motivos económicos por los que este negocio resulta atractivo para ambas partes, los que son establecidos por ellas mismas o la ley. Al ser el contrato de leasing utilizado principalmente por empresas, la razón fundamental radica en la maximización de beneficios que toda empresa mercantil persigue.

La obtención de utilidades es el objetivo financiero de las empresas con ánimo de lucro. Para conseguirlo se deben obtener los mayores beneficios con los recursos existentes. Esta premisa principal de las empresas mantiene una relación directa con el leasing financiero, puesto que se requiere sacarle el mayor provecho a los recursos con los que se cuenta; en este caso, el capital. Cuando una empresa requiere del uso y los beneficios de un bien, pero no cuenta con el dinero necesario al momento o, por el contrario, no desea hacerse cargo de lo que implica tener el dominio del bien, puede recurrir al leasing financiero. Este contrato se presenta como una alternativa más sencilla al financiamiento tradicional y permite obtener el beneficio proyectado del bien con varias garantías a la par de un pago amortizado del mismo, A la vez, la empresa especializada en leasing busca obtener el mayor provecho del capital invertido en la adquisición de bienes para arrendarlos a un canon que incluya el valor del bien y una ganancia adicional, manteniendo el dominio sobre la cosa por lo que puede ser objeto de leasing nuevamente o enajenada.

Se han realizado análisis económicos para dar una solución al dilema de compra o leasing en el ámbito mercantil, cuando una empresa se encuentra ante esta decisión. La solución sugerida comúnmente tiene que ver con determinar si el leasing representa una mejor alternativa de financiamiento a la que sería utilizada para comprar el bien en cuestión, siendo este el método conocido como "*net advantage to leasing* (NAL)". A pesar de existir una gran cantidad de métodos de análisis todos deben contemplar diversos factores como el capital de trabajo, las finanzas internas y el mercado[47]. Otro parámetro para considerar al momento de decidirse por una opción u otra tiene que ver con que el gasto de un arrendamiento se amortiza en el tiempo, volviéndolo más llevadero para una empresa y evitando que este sea considerado como una deuda. Así también el leasing permite que la empresa arrendadora no asuma la depreciación del bien. La decisión final sobre el dilema de comprar o arrendar el bien no es unívoca y requiere de un análisis individualizado de cada caso, sin embargo, de decidirse que el leasing resulta más ventajoso se presentan otros beneficios adicionales.

---

46 Boneo Villegas, Eduardo y Barreira Delfino, Eduardo. *Contratos Bancarios Modernos. Óp. cit.,* p. 87.
47 Gao, Simon S. *International Leasing: strategy and decision.* New York: Ashgate Publishing, 1999, p. 27.

Las ventajas propias del leasing, tanto financieras como operacionales, resultan atractivas en comparación con otras opciones de financiamiento; tal es el caso en que se requiere el uso de un bien por un periodo de tiempo limitado, puesto que al final del período la empresa no carga con la responsabilidad de vender el bien a precio de mercado con las pérdidas que esto puede representar. Al eliminar esta responsabilidad el arrendatario puede determinar, por adelantado, el costo efectivo del uso del bien. El leasing también resulta atractivo al ser una financiación completa de la inversión, ya que es común que las operaciones de crédito cubran, en el mayor de los casos, el 80% del valor total del bien, y el valor restante deberá ser cubierto con recursos propios de la empresa. Además, el objetivo principal que se tiene al momento de obtener un bien en estas circunstancias es el de conseguir réditos económicos a través del uso del mismo, de manera que, si se ha realizado una proyección correcta del beneficio, el bien terminará autofinanciándose[48]. Esto corresponde a un principio económico conocido como "*pay as you earn*", comúnmente utilizado en materia tributaria, donde se paga mientras se obtiene el beneficio económico[49].

La adquisición de un bien a través de leasing incluye, en muchas ocasiones, servicio técnico especializado incluido en el canon que se paga a la empresa dueña del bien. Incluir esta posibilidad representa un beneficio para ambas partes, puesto que el arrendador se asegura de que el bien será correctamente utilizado y mantenido, mejorando su vida útil y evitando asumir gastos de reparación. Por otro lado, para el arrendatario el beneficio se encuentra en no tener que utilizar recursos de capital o trabajo en actividades que resultan extrañas a sus operaciones regulares, como puede ser el mantenimiento de la cosa objeto del contrato[50]. El leasing, principalmente el operativo, resuelve el problema de la obsolescencia tecnológica, ya que resulta relativamente fácil reemplazar los objetos arrendados antes de que estos se tornen ineficientes o ya no produzcan la rentabilidad esperada. Ello parte de la idea de que la vida económica de un bien puede ser distinta a la vida útil del mismo[51]. Sin embargo, las empresas de menor capacidad económica o que no requieren de maquinaria de última tecnología también se benefician al obtener en leasing bienes que se encuentran en buen estado sin necesidad de comprarlos.

En este sentido, el leasing, de acuerdo con un estudio realizado en Estados Unidos de América en 2012, puede presentarse como una decisión ecológicamente responsable que beneficia a quien arrienda un bien mediante esta

48 Polar, Nicolás. *Ventajas y desventajas del contrato de arrendamiento financiero,* 2000. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11677/12227 (acceso: 26/02/2020).

49 Lal, B.B y Vashisht, N. *Direct Taxes: Income Tax Wealth Tax and Tax Planning.* Delhi: Pearson Education, 2008, pp. 34-35.

50 Gao, Simon S. *International Leasing. Óp. cit.,* p. 27.

51 Ortúzar Solar, Antonio. *El contrato de leasing. Óp. cit.,* p. 37.

modalidad y que, eventualmente, puede provocar que las empresas productoras encuentren en el leasing un incentivo para diseñar productos de mayor durabilidad. El análisis realizado por Agrawal, Ferguson, Toktay y Thomas se enfoca en que, para que a las empresas les resulte atractivo emplear este método este debe probar ser económicamente más rentable que vender productos nuevos. La conclusión a la que arriban es que, el leasing puede ser ecológica y económicamente viable en bienes no consumibles comparados con los bienes de un solo uso. Así también que en los bienes que tienen un alto índice de uso pero una durabilidad mayor el leasing es rentable únicamente cuando la durabilidad del producto es más alta que en la venta; y finalmente, en productos que tienen gran producción e impacto medioambiental al desecharlos el leasing resulta más beneficioso económicamente, pero menos beneficioso para el medio ambiente.

El beneficio más importante que se aprecia del uso del leasing se encuentra en que no limita la capacidad de endeudamiento a la empresa, dado que en muchas otras operaciones mercantiles el gasto debe realizarse al momento, lo que en ocasiones puede ser la causa de que se requiera un crédito. En el leasing el gasto se amortiza y no provoca que se reduzca la capacidad de endeudamiento de una empresa, manteniendo abiertas sus líneas de crédito. Este aspecto, en conjunto con la máxima conservación de capital de trabajo es relevante en empresas que demuestran un alto nivel de endeudamiento y bajo nivel de liquidez[52]. Un beneficio adicional que presenta el leasing, aunque varía dependiendo de la legislación aplicable, corresponde al beneficio tributario, siendo que disminuyen las obligaciones impositivas al disminuir la base imponible del Impuesto a la Renta al momento de considerar la cuota de alquiler como gasto deducible. En caso de que la legislación tributaria de un país en específico contemple este beneficio, el leasing se presenta como una opción atractiva[53].

Si bien es cierto que una operación similar podría realizarse a través de la compra a plazos, el leasing aventaja a dicha opción en el sentido de que en la primera se debe realizar un desembolso inicial de dinero. Además, este contrato no soluciona los problemas de aseguramiento, asesoría técnica u obsolescencia. Por lo expuesto, se puede concluir que este es un contrato que posee ventajas económicas significativas y se evidencia que su aplicación masiva en una economía industrializada se ve justificada e incluso puede ser necesaria en ciertos casos para tomar decisiones económicamente más rentables a la par que ecológicamente responsables.

52 Ortúzar Solar, Antonio. *El contrato de leasing. Óp. cit.,* p. 39.
53 Polar, Nicolás. *Ventajas y desventajas del contrato de arrendamiento financiero,* 2000. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11677/12227 (acceso: 26/02/2020).

7. Análisis del régimen jurídico actual del arrendamiento mercantil en el Ecuador

El Código de Comercio prescribe la mayor parte de reglas aplicables al arrendamiento mercantil en el Ecuador. Sin embargo, su régimen jurídico no se limita a dicho cuerpo legal. Es por ello por lo que se procederá a analizar los artículos más importantes del Código de Comercio, así como de otras normas pertinentes para exponer la actual situación del arrendamiento mercantil en el Ecuador y compararla con los estándares internacionales que se han desarrollado desde la mitad del siglo XX hasta la actualidad dentro de la práctica comercial:

> Art. 427.- Se entenderá que existe arrendamiento mercantil de bienes muebles o inmuebles cuando se cumplan los siguientes requisitos:
>
> a) Que el contrato se celebre por escrito y se inscriba en el Libro de Arrendamientos Mercantiles que, al efecto llevará el Registrador Mercantil del respectivo cantón;
> b) Que el contrato contenga un plazo inicial, forzoso para ambas partes;
> c) Que la renta a pagarse durante el plazo forzoso, más el precio señalado a la opción de compra de qué se trata más adelante, excedan del precio en que el arrendador adquirió el bien;
> d) Que el arrendador sea propietario del bien arrendado; y,
> e) Que al finalizar el plazo inicial forzoso, el arrendatario tenga los siguientes derechos alternativos:
>
> 1. Comprar el bien, por el precio acordado para la opción de compra o valor residual previsto en el contrato, el que no será inferior al 20% del total de rentas devengadas.
> 2. Prorrogar el contrato por un plazo adicional. Durante la prórroga la renta deberá ser inferior a la pactada originalmente, a menos que el contrato incluya mantenimiento, suministro de partes, asistencia u otros servicios.
> 3. Recibir una parte inferior al valor residual del precio en que el bien sea vendido a un tercero.
> 4. Recibir en arrendamiento mercantil un bien sustitutivo, al cual se apliquen las condiciones previstas en este artículo[54].

El artículo precedente es uno de los más importantes dentro del régimen jurídico del arrendamiento mercantil, ya que incluye varias de las principales características de este contrato, por lo que conviene analizarlo íntegramente. La obligación de registro se relaciona con la obligación de dar publicidad a ciertos negocios mercantiles, así se deja en claro que el dominio del bien no pertenece a la empresa arrendadora. Además, que el plazo inicial sea forzoso es fundamental en este tipo de negocio, ya que el arrendador requiere calcular en cuánto tiempo recupera la inversión realizada en el bien y a la par obtiene una ganancia. Sin embargo, consideramos lo prescrito en el literal c, no debería ser

54 Código de Comercio. Artículo 427. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

una disposición legal, puesto que el objetivo de este negocio es obtener una utilidad final en beneficio del arrendatario. Esto se estipulará en el contrato, ya que el beneficio económico es la motivación que tiene el arrendatario para adquirir el dominio de un bien y darlo en beneficio de un tercero. La norma se muestra excesivamente tutelar en dicho ámbito.

Es esencial que el arrendador sea el dueño del bien, ya que sólo así se puede pretender que el beneficiario del uso y goce de la cosa pague un canon de arrendamiento. En esta característica se aprecia la principal diferencia entre este contrato y el mandato, ya que si la empresa de leasing fuese mandataria de quien le ordena comprar un bien con características y precio específicos, el dominio sería del mandante. Las posibilidades que tiene el arrendatario luego del término del plazo inicial forzoso presentan al leasing como una opción atractiva para ambas partes; en caso de que el arrendatario decida comprar el bien por un valor residual se entiende que este es una ganancia neta para el arrendatario, ya que dentro del plazo inicial forzoso se recuperó la inversión hecha para la compra además de un excedente. La compra del bien al finalizar el plazo asegura que el arrendador no deba preocuparse por recolocar en el mercado el bien, tomando en cuenta la depreciación sufrida durante el tiempo del leasing y elimina el riesgo de mantener un bien que no tiene nada que ver con su giro de negocio. Para el arrendador puede resultar beneficioso ser dueño de un bien cuyo uso le es familiar y que, probablemente, le representará utilidad durante un tiempo considerable.

La prórroga del contrato demuestra que las partes encuentran beneficio en esta opción en sus respectivos negocios; que el canon de arrendamiento sea menor resulta comprensible, ya que el arrendatario ha culminado el pago total del valor del bien, por lo que a partir de ese punto la prestación económica ofrecida por este no se dirige a recuperar el capital invertido sino que es únicamente direccionada al beneficio del arrendador. Sin embargo, una de las ventajas del leasing es que el canon puede incluir asesoría y mantenimiento especializados, entre otros. Dichos servicios no se agotan, como la recuperación de lo invertido en la compra del bien, por lo que en caso de mantener estas prestaciones, no existe motivo para reducir el monto. El tercer derecho alternativo no resulta económicamente beneficioso para el dueño del bien, puesto que al terminar el plazo forzoso del contrato no recibe ninguna prestación por parte del arrendatario, y a pesar de ello debería entregarle una parte del precio de venta del bien. Finalmente, entregar un bien sustitutivo corresponde al leasing operativo, puesto que se busca que el fabricante coloque los nuevos modelos que ofrece, y beneficia al arrendatario porque recibe la tecnología más reciente.

Entre otras disposiciones legales del Código de Comercio que se ajustan a la idea económica detrás de este contrato, el artículo 432 prescribe que el arrendador, salvo pacto en contrario, no deberá responder por la evicción ni por los

vicios ocultos del bien[55]. Consideramos que ello tiene que ver con que en el leasing financiero, el arrendador adquiere el dominio del bien que el arrendatario le ha encargado de forma específica, pudiendo este, incluso determinar el fabricante o dueño originario de la cosa, por lo que el arrendador no sería responsable de estos vicios. Sin embargo, la responsabilidad del arrendatario con respecto del bien es hasta la culpa leve, lo que se justifica en que el arrendador se enfrenta al riesgo de que el bien se destruya o pierda su utilidad antes del término de su vida útil, lo que representaría una pérdida. Además, la idea de un leasing es que sea limitado en el tiempo, por lo que de sufrir daños no se podrá vender o arrendar el bien al precio esperado. Esta disposición también asegura que el uso del bien por parte del arrendatario lo haga responsable sin importar que no tenga el dominio.

La obligación de registrar el contrato de arrendamiento mercantil permite que, en caso de que en ciertas circunstancias como el incumplimiento del contrato, insolvencia, muerte o prohibición de enajenar del arrendatario; el arrendador pueda recuperar el bien inmediatamente, ya que los acreedores o los herederos del arrendatario podrían pretender tomar posesión de esos bienes como si fueran parte del patrimonio del arrendador (Arts. 433 y 435)[56]. El contrato de leasing se toma como *intuitu personæ*, esta afirmación se sostiene en que sólo se pueden transferir los derechos del arrendatario con autorización del arrendador, así mismo los herederos no suceden al causante en el arrendamiento mercantil de forma automática (Art. 434)[57]. Así también, se presenta como una ventaja para el arrendador que los préstamos otorgados a este, destinados a actividades de leasing no se limitan por su capital social, esto es así dado que el pago del crédito será realizado con una parte del canon de arrendamiento del bien. Además, una empresa dedicada al leasing no requiere de un capital social elevado para el correcto funcionamiento del negocio, por la misma naturaleza de este (Art. 347)[58].

El Código de Comercio contempla la obligatoriedad de contratar un seguro contra todo riesgo para los bienes arrendados, de esta manera se protege su integridad (Art. 438)[59]. El gasto del seguro puede incluirse en el canon de arrendamiento, ya que quien responde hasta por la culpa leve es el arrendatario, por lo que sería el principal beneficiario del seguro. Las mencionadas son las principales disposiciones de este cuerpo legal respecto del leasing y su función como contrato, de las mismas se colige que la norma ecuatoriana recoge ciertos elementos económicos que le son esenciales. Sin embargo, no clasifica al leasing ni contiene reglas específicas respecto de las diversas situaciones en las que se puede utilizar este contrato, dejándolo a la libre contratación de las

55 Código de Comercio… *Eiusdem.* Artículo 432.
56 Código de Comercio… *Eiusdem.* Artículo 433 y 435.
57 *Eiusdem.* Artículo 434.
58 *Eiusdem.* Artículo 437.
59 *Eiusdem.* Artículo 438.

partes. Resulta importante recalcar que este Código no es la única norma aplicable al arrendamiento mercantil, ya que existen otras leyes tanto en el ámbito tributario como en el registro contable del leasing.

Respecto de las obligaciones tributarias a pagarse en los contratos de arrendamiento mercantil, el Código de Comercio introduce una única regla al respecto, misma que prescribe que, en los casos en los que el arrendador ejerza la opción de compra, el valor residual será considerado la base imponible para efectos del cálculo de los impuestos fiscales o municipales que graven la transferencia de dominio (Art. 429)[60]. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano comprende otras disposiciones tributarias al respecto, es el caso de la Ley de Régimen Tributario Interno (en adelante LRTI) que considera como gastos deducibles para el pago al Impuesto a la Renta aquellos derivados de contratos de arrendamiento mercantil. Sin embargo, esta deducción no será aplicable en los casos en que el bien haya sido propiedad del mismo sujeto pasivo, partes relacionadas, cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; tal disposición busca evitar que se registre como un contrato de leasing cuando en realidad es una compraventa y no le correspondería este beneficio tributario (Art. 10)[61].

Así mismo, no se considera al canon de arrendamiento como un gasto deducible cuando el plazo del contrato es inferior al de la vida útil del bien, a menos que "[…] el precio de opción de compra sea mayor o igual al saldo del precio equivalente al de la vida útil restante […]"[62]. Esto se justifica en el intento de evitar que se simule un leasing para deducir gastos que realmente corresponden a otro negocio como una compraventa. Se exige también que las cuotas sean iguales entre sí, ya que se considera que el canon comprende la inversión y la utilidad. Sin embargo, pensamos que en este último caso no se toma en cuenta que las cuotas de arrendamiento necesariamente serán distintas al momento de finalización del plazo forzoso si el arrendatario decide extender el tiempo del contrato. Este presupuesto es inherente a la lógica del leasing y en el Ecuador se dispone en la ley, por lo que esta disposición de la LRTI desalienta que el arrendatario escoja la opción de prórroga del contrato al ser poco conveniente en el ámbito tributario. Respecto del leasing internacional se contemplan ciertas reglas específicas, aunque se mantiene la regla general de que el canon de arrendamiento es un gasto deducible.

El artículo 13 de la LRTI contempla este escenario al tratarse de pagos realizados al exterior, el numeral 9 especifica que serán deducibles siempre que el bien se haya adquirido a precio de mercado, esto entendiéndose como una obligación del arrendador *sine qua non* para que el arrendatario obtenga el

60 Código de Comercio… *Eiusdem.* Artículo 429.
61 Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 10. Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004.
62 *Ibíd.*

beneficio de la deducción[63]. Además el financiamiento que se otorgue no debe contener una tasa superior a la tasa LIBOR vigente al momento del contrato o la novación. La tasa interbancaria de oferta de Londres es una de las tasas de interés más utilizadas en el mundo, se obtiene cuando 18 grandes bancos bajo el Auspicio de Banqueros Británicos comunican la tasa a la que creen que pueden realizar préstamos entre sí, con el valor que consideran razonable. La agencia Thomson Reuters reúne las tasas declaradas, elimina las cuatro tasas más altas y bajas para promediar el resto, y esta tasa promedio se anuncia para 15 vencimientos. Este método de cálculo que ha sido ampliamente utilizado durante años considera las divisas mundiales más importantes y para 2012 se reportó que contratos financieros por US $300 billones están ligados a esta tasa[64].

Sin embargo, la tasa LIBOR ha sido duramente criticada considerando que el método se considera defectuoso y propende a generar resultados distorsionados en momentos de tensión en el mercado. Una de las mayores crisis a las que se enfrentó este método fue cuando el banco británico *Barclays* aceptó pagar una multa de US $450 millones a los organismos de control del Reino Unido y los Estados Unidos por manipular la tasa. En consecuencia, la Autoridad de Conducta Financiera del Reino Unido dispuso que se deje de utilizar este método a partir de diciembre de 2021 como indicador de referencia. Se han propuesto métodos sustitutivos como la tasa *Secured Overnight Financing Rate*, aunque la transición se encuentra lejos de haberse completado[65]. El cambio de tasa de referencia tendrá efectos importantes a nivel mundial, siendo uno de ellos la necesidad del Ecuador de encontrar un nuevo método y adoptarlo, entre otros, en el arrendamiento mercantil[66]. En el caso de reexportar el bien se considera que debe pagar el impuesto a la renta calculado sobre el valor depreciado del bien.

Las demás excepciones para que el canon de arrendamiento en el leasing internacional se considere como un gasto deducible, son prácticamente iguales a las aplicables al arrendamiento mercantil nacional, añadiendo los pagos realizados a personas naturales o jurídicas residentes en paraísos fiscales. El Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno (en adelante RLRTI) en el artículo 28 prescribe lo que se entiende por vida útil del bien y dispone que en el caso del arrendamiento mercantil de terrenos, únicamente serán deducibles las cuotas del arrendamiento cuando el plazo forzoso de este no sea menor a 20 años[67]. Además, el artículo 29 contiene la

63 Ley de Régimen Tributario Interno... *Eiusdem.* Artículo 13.

64 Kiff, John. *What Is LIBOR?,* 2012. https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2012/12/pdf/basics.pdf (acceso: 28/02/2020).

65 BBC Mundo. ¿Por qué cada vez más latinoamericanos prefieren arrendar a comprar vivienda?, 2015. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/03/150313_economia_comprar_alquilar_vivienda_lf (acceso: 26/02/2020).

66 Resulta relevante notar que al no emitirse la tasa LIBOR, en la práctica el pago del canon de arrendamiento dentro de los contratos de leasing internacional no podría ser considerado un gasto deducible, puesto que se carecería del parámetro legal de uno de los elementos legales exigidos en relación con la tasa de interés del financiamiento obtenido.

67 Reglamento para aplicación Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 28. Registro Oficial No. 209 de 08 de junio de 2010.

prohibición expresa a las empresas de leasing de deducir la depreciación de los bienes dados en leasing cuando exista opción de compra[68]. Sin embargo, por disposición del artículo 427 del Código de Comercio la opción de compra es un derecho alternativo del arrendatario en todos los contratos de leasing. Finalmente, en relación con el pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA), el RLRTI contiene ciertas disposiciones especiales relacionadas al leasing, incluidas en el Capítulo IV[69].

En este caso, el IVA se cobra por el servicio, puesto que no se transfiere el dominio del bien a través del arrendamiento mercantil. El artículo 164 dispone que en los casos en los que exista la opción de compra, el impuesto se calcula sobre la base de cada canon de arrendamiento y que en caso de que esta se efectivice antes del período estipulado, se calcula sobre el valor residual[70]. Lo mismo ocurre con el leasing internacional, donde además, se dispone que el arrendatario se convierte en agente de retención previo el pago de cada cuota al exterior. Para que los beneficios tributarios contenidos en la norma sean aplicables se requiere que los contratos de arrendamiento mercantil se registren con la técnica contable pertinente (Art. 10)[71]. En el caso del Ecuador existe la obligatoriedad de aplicar las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIFS), impuestas por la resolución número 08.GDSC.010 de la Superintendencia de Compañías emitida en 2008, con el objetivo de internacionalizar y unificar la forma de presentar la información financiera en Ecuador, incluyendo a las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC).

En el caso del arrendamiento mercantil la NIC aplicable es la número 17, que establece normas relacionadas a varios tipos de arrendamiento, incluyendo el leasing, además de definiciones generales, explicaciones breves acerca de su funcionamiento, y reconocimiento basado en la esencia económica del contrato. Además, establece la obligatoriedad del registro inicial del contrato dentro del balance del arrendatario puesto que, de no encontrarse dentro del estado de situación financiera los recursos reales, las obligaciones pendientes del arrendatario no se verían reflejadas. Además, la depreciación de los bienes arrendados se hará bajo los mismos parámetros que sigan los activos adquiridos por el arrendatario en casos en que los riesgos y los beneficios del bien se transfieran a este y la depreciación se distribuirá entre cada período de uso esperado, considerando el plazo del contrato. Anteriormente resultaba una fuente de preocupación la falta de obligatoriedad de un registro contable que reconozca la realidad jurídica del leasing, evidenciando que el uso y el goce corresponden al arrendatario mientras que el arrendador conserva el dominio[72].

68 *Eiusdem.* Artículo 29.
69 Código de Comercio … *Eiusdem.* Artículo 427.
70 *Eiusdem.* Artículo 164.
71 *Eiusdem.* Artículo 13.
72 Ortúzar Solar, Antonio. El contrato de leasing. *Óp. cit.,* p. 42.

8. El leasing en la actualidad: Ecuador y el mundo

El leasing es un contrato que contiene beneficios económicos importantes tanto para el arrendador como para el arrendatario. Para el arrendador la posibilidad de determinar el margen de beneficio que conseguirá por la prestación de su servicio, tomando en cuenta que en el canon de arrendamiento puede incluir el precio total del bien, la financiación, los gastos administrativos y tributarios, además del beneficio planificado; donde el pago se garantiza con el propio bien arrendado. De igual manera, el beneficio simbólico que obtendrá en caso de vender el bien al arrendatario o un valor más elevado de venderlo a un tercero. Para el arrendador se contempla la posibilidad de obtener el uso y goce de la cosa arrendada, cumpliendo esta con todas las características específicas que desee, e incluso pudiendo contemplar servicios de seguro, mantenimiento y asesoría. El arrendatario asume el costo total del bien en un inicio, por lo que no se debe enfrentar una pérdida de liquidez o someterse a la obtención de financiación tradicional, e incluso cuenta con la posibilidad de adquirir el dominio del bien al terminar el plazo forzoso del contrato o extender la modalidad del leasing si le resulta conveniente a las partes.

El leasing va más allá de ser un contrato: se constituye como una opción potencialmente provechosa para ambas partes, ya que presenta beneficios jurídicos, económicos e incluso tributarios. En consecuencia ha tenido una extensa aplicación a nivel mundial; en los Estados Unidos de América, el leasing representa una contribución importante a la economía del país. Según un reporte de 2004 de la *Equipment Leasing and Finance Association* (ELFA), de 1997 a 2002 la industria del leasing aportó de $100 a $300 billones de dólares al PIB del país. Este país presenta reglas y prácticas respecto del leasing más elaboradas que cualquier otro, lo que resulta lógico dado que es el lugar de origen moderno de este contrato[73]. Sin embargo, no es el único interesado en que la ley y las condiciones sean favorables para su desarrollo, así por ejemplo, se presenta el caso de Croacia, que desde su independencia en 1991 ha trabajado activamente en el perfeccionamiento de un ordenamiento jurídico integrado al sistema europeo y mercantilmente orientado[74].

En Croacia la Ley de Obligaciones se constituye como la fuente general del Derecho contractual, que también regula el leasing. Ese país ha trabajado activamente en que las regulaciones internas fomenten el uso de esta herramienta. Casos similares se aprecian en otras naciones como Italia, donde a pesar de que sus empresarios han mostrado interés en que la ley nacional proteja de mejor manera al leasing, se cuestiona que simplemente se remita a las leyes

73 Schroth, Peter W. *Financial Leasing of Equipment in the Law of the United States,* 2011. https://academic.oup.com/ulr/article-abstract/16/1-2/437/1727465?redirectedFrom=fulltext (acceso: 28/02/2020).

74 Josipović, Tatjana y Wang, Wensheng. "Financial Leasing in Croatia". *Uniform Law Review*, Vol. 16, No. Issues 1/2 (2011), p. 271.

unificadoras propuestas por UNIDROIT[75]. Turquía promulgó una ley exclusivamente para el leasing financiero, misma que resultó en un impulso para este contrato en el país[76] e incluso China, que desde la década de 1980 inició su camino a la modernización que hizo notoria la necesidad de introducir maquinaria moderna para ayudar a desarrollar su economía, lo que llevó a que el leasing financiero se convirtiera en una industria de rápido crecimiento y en una forma importante de utilizar capital extranjero. Durante tres décadas se dio forma a un sistema legal para las operaciones de leasing financiero, mismo que de acuerdo con las estadísticas proporcionadas por la Asociación de Leasing Financiero de China, para fines 2009 los activos de 12 empresas de leasing correspondían a 150.73 billones de *renminbi*[77].

De esta manera se comprueba la relevancia global de este contrato, la que provoca cuestionar los motivos por los que en el Ecuador no se ha podido apreciar un mayor uso del leasing en ninguna de sus formas, siendo que tiene el potencial de modernizar la industria nacional, fomentar el emprendimiento y generar una gran cantidad de ingresos como ha ocurrido en otras naciones. De la investigación realizada en el presente trabajo concluimos que esto se debe a la concurrencia de varios factores importantes; algunos de índole económica y otros de índole cultural. En primer lugar el leasing, principalmente el financiero, funciona sobre la base de que el arrendador adquiere el bien que el arrendatario específicamente requiere. Sin embargo, dado el caso de que al finalizar el plazo forzoso del contrato, el arrendatario no tenga interés en prolongar el leasing ni de comprar el bien al arrendador, la empresa de leasing deberá recuperar el bien de su propiedad e intentar venderlo o arrendarlo a un tercero, y siendo este específicamente adaptado a las necesidades de otra empresa, en una economía no muy desarrollada resulta difícil encontrar otro interesado en un bien con ese nivel de especificidad.

Además, consideramos que las leyes, tanto mercantiles como tributarias, no fomentan activamente el desarrollo del leasing y no ofrecen ventajas importantes que tengan un impacto real en la competitividad de este por sobre otras formas de financiamiento. Finalmente, pensamos que los ecuatorianos tienen cierta preferencia de adquirir el dominio por sobre el arrendamiento, esto se debe a una tendencia cultural de anhelar lo que se percibe como seguridad por ser dueño. Aunque si bien es cierto dicha tendencia a preferir ser propietario que arrendar un bien ha ido disminuyendo en los últimos años en Latinoamérica, esto ocurre principalmente en el ámbito de la vivienda[78]. De hecho, la tasa de propiedad de vivienda en América Latina y el Caribe es

75 Frignani, Aldo y Torsello, Marco. Financial Leasing in Italy. *Uniform Law Review, Vol 16* No. Issues 1/2 (2011), p. 370.
76 Tekinalp, Unal. Turkey's New Financial Leasing Law and Industry. *Fordham Law Review,* Vol. 60, No. 6 (1992), p. 118.
77 Han, Shiyuan y Wang, Wensheng. An Overview of the Development of the Financial Leasing Law in China. *Uniform Law Review,* Vol. 16, No. Issues 1/2 (2011), p. 245.
78 BBC Mundo. *¿Por qué cada vez más latinoamericanos prefieren arrendar a comprar vivienda?*, 2015. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/03/150313_economia_comprar_alquilar_vivienda_lf (acceso: 26/02/2020).

aproximadamente del 64%, siendo un porcentaje elevado que se acerca al de otras regiones con mayor grado de desarrollo, como Europa con 71% u Oceanía con el 63%. El mundo entero es de propietarios, y el nivel de tenencia de propiedad no muestra una relación con el nivel de desarrollo de un país, sino que depende de otro tipo de variables[79].

En relación con la propiedad de vivienda, los dos únicos factores que parecen tener impacto son el nivel de urbanización y la tradición jurídica. En relación con este último factor, los modelos muestran de manera consistente que los países de tradición alemana tienden a tener una tasa menor de propiedad con el 52% que los de tradición inglesa con el 65%. A pesar de ello en estos regímenes jurídicos la tasa tiende a ser mucho menor que en la de los países del ex bloque comunista con el 86% y de los países de tradición legal francesa con un promedio del 69%. La variabilidad de estas tasas depende de factores políticos y culturales que no resultan fáciles de medir[80]. Sin embargo, durante mucho tiempo se ha considerado que adquirir el dominio de los bienes brinda seguridad a su dueño, que el siguiente paso en el camino al éxito es pasar de ser arrendador a propietario.

Las personas tienden a tomar la decisión de comprar guiadas por factores psicológicos y emocionales más que económicos[81], lo que resulta particularmente cierto en Ecuador, donde, incluso, existe el dicho popular de que "arrendar es el peor negocio". Esta creencia tiene relevancia respecto del leasing ya que en el Ecuador el 86% de empresas se consideran como familiares, por lo que resulta comprensible que las decisiones no se analicen de acuerdo con su real impacto económico, sino que más bien se guíen por ideas preconcebidas acerca de la correcta administración de un negocio[82].

Este es, sin duda, un elemento importante que considerar como una causa del poco desarrollo del arrendamiento en el país. El leasing ha demostrado ser una herramienta jurídica y económica ventajosa tanto para las empresas que lo emplean como para los países que fomentan su uso a través de diversas facilidades; es también una opción ecológicamente más sustentable para el planeta bajo ciertas condiciones y se mantiene como una forma de financiamiento alternativa. Por lo tanto, el Ecuador podría verse altamente beneficiado en su economía, así como en su industria, con el uso continuo de este tipo de contratos, por lo que brindarles facilidades a las personas naturales y jurídicas debería ser una prioridad para el Estado. La reducción de imposiciones tributarias o la agilización del registro de los mismos son tan solo unos pocos

79 Blanco, Andrés; Fretes Cibils, Vicente y Muñoz, Andrés. *Busco casa en arriendo.* Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2014, pp. 21-23.

80 *Ibíd.*

81 Dickerson, A. Mechele. *The Myth of Home Ownership and Why Home Ownership Is Not Always a Good Thing,* 2009. https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indana84&div=7&id=&page= (acceso: 28/02/2020).

82 Camino-Mogro, Segundo y Bermúdez-Barrezueta, Natalia. *Las Empresas Familiares en el Ecuador: Definición y aplicación metodológica.* Guayaquil: X- Pedientes Económicos, 2018, p. 46.

ejemplos de políticas públicas que pueden implementarse, cuyo beneficio sería percibido por todos.

9. Conclusiones

El presente trabajo plantea un contrato conocido y busca abordarlo a través de varios ángulos, tomando en cuenta su origen, evolución, aplicación jurídica y económica, legislación en Ecuador y los beneficios que representa su aplicación. El espíritu detrás de este trabajo es actualizar la percepción que se tiene acerca del leasing, reconociendo que esta no es una figura jurídica nueva, motivo por el que consideramos se ha dejado de lado su estudio. Con base en las fuentes consultadas hemos llegado a concluir que, actualmente se discute prácticamente lo mismo acerca del leasing que cincuenta años atrás. Consideraciones meramente jurídicas, y poco prácticas, como su naturaleza jurídica, la descripción de las partes contratantes o su clasificación son temas que se repiten, sin tomar en consideración que el desarrollo tecnológico y de la industria, así como ciertos cambios legales impactan y alteran la aplicación del leasing.

Creemos también que, trabajos como el aquí expuesto son pertinentes porque podrían cambiar la percepción general de las personas hacia el leasing, especialmente en Ecuador, donde al denominarlo arrendamiento mercantil parece confundirse con otras clases de arrendamiento y no mostrar el potencial que tiene como instrumento de cambio. La falta de aplicación del leasing en este país ha retrasado, de cierto modo, su desarrollo industrial, pero es necesario tomar en consideración que esta situación viene dada por varios factores, entre los que se encuentran las limitaciones legales, la situación de la industria y elementos culturales. Este artículo pretende renovar la visión general que se tiene del leasing y fomentar la curiosidad acerca de todas las posibilidades jurídicas y económicas que ofrece.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La doble regulación de la compraventa en el derecho privado ecuatoriano: una dualidad innecesaria

The Double Regulation of the Sales Contract in the Ecuadorian Private Law System: An Unnecessary Duality

Sebastián Correa Jiménez*

Recibido / Received: 1/03/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1741

Citación:
Correa Jimenez, S. «La doble regulación de la compraventa en el derecho privado ecuatoriano: una dualidad innecesaria». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 83-110, doi:10.18272/ulr.v7i1.1741.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: scorreaj@estud.usfq.edu.ec; correasebasj@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-4388-5158

Resumen

Entre un mundo y otro, entre lo civil y lo mercantil, es el escenario al que se enfrenta el instrumento jurídico más usado en las relaciones de intercambio que realizan las personas para procurarse bienes: el contrato de compraventa. Los contratos permiten sentar las reglas de juego para dotar de seguridad jurídica a las transacciones, sin embargo, el régimen normativo aplicable puede a veces ser confuso, provocando la pérdida de seguridad jurídica e incertidumbre. En el caso ecuatoriano, se dispone de dos cuerpos legales imperantes al momento de definir el régimen de la compraventa: el Código Civil y el Código de Comercio. Esta doble regulación en ciertos elementos genera grandes dudas, no solo para las partes contractuales, que no saben a qué régimen someterse por ser el civil general y el mercantil especial; sino también para los operadores jurídicos como jueces, árbitros y abogados, quienes deben determinar qué normas aplicar. En el presente trabajo se analizará el desarrollo histórico de la institución de la compraventa por su importancia económica, desde el derecho civil hasta el mercantil. Además, se estudiarán la dificultad de determinar la mercantilidad del contrato y los fenómenos de la generalización y comercialización, para posteriormente identificar la dicotomía existente en algunos elementos de la compraventa. Finalmente, se revisarán ciertas tendencias modernas que ayudan a resolver estas innecesarias diferencias de regulación para concluir que el camino hacia una regulación unificada de derecho privado es el medio para subsanar esta y otras inconsistencias de otros contratos.

Palabras Clave

Contratos; compraventa; derecho civil; derecho mercantil; mercantilidad; riesgo; título-modo; perfeccionamiento; unificación y modernización

Abstract

Between one world and the other, between civil and commerce law, that's the juncture the sales contract, the most used legal instrument in exchange relationships to obtain goods, must face. Contracts perform the duty to set the rules that provide legal security to transactions, nonetheless, the legal regime that applies to that set of rules can be sometimes confusing, causing uncertainty and the loss of legal security. In Ecuador, two legal bodies are applicable at the moment in order to define the legal regime of the sales contract: the Civil Code and the Commerce Code. This double regulation provokes a large number of doubts not only for the contracting parties, who are not sure about which regime they must comply with; but also for legal actors such as judges, arbitrators and lawyers, who have the duty to determine which regime they must apply. The present work analyzes the historical development of the sales contract from civil law to commercial law due to the economic value of this institution. Additionally, the difficulty to determine de commerciality of a contract and the phenomena of generalization and commercialization are

studied in order to identify current differences in some key aspects of the sales contract. Finally, some modern tendencies will be reviewed due to their contribution to solve these unnecessary differences in regulation and to reach the conclusion that a unified code of private law is the way to solve this and other inconsistencies in contracts.

Keywords
Contracts; sales contract; civil law; commercial law; commercial act; risk; system of title mode; perfection of contracts; unification and modernization

1. Introducción

Los contratos son herramientas jurídicas que facilitan las actividades sociales, y, sobre todo, son un medio de cooperación o colaboración entre las personas para sus relaciones económicas[1]. Sea la adquisición de un vehículo para transporte personal, la compra de un terreno para construir una fábrica, el arrendamiento de un local comercial o el servicio de una persona; se vive contratando, incluso, sin notar los múltiples efectos jurídicos que nacen de cada contrato celebrado. Este instrumento jurídico es el medio cotidiano usado para procurarse bienes y servicios necesarios y allí radica su gran importancia para la vida social y económica. Siendo que la adquisición de cosas es quizá la actividad más habitual y necesaria, a efectos del presente análisis se tomará un contrato particular que es considerado la madre de los contratos: la compraventa.

Dado que las relaciones de intercambio son esenciales en la actividad humana donde una parte produce lo que otra no, es vital el intercambio, por lo cual este contrato confluye en esa realidad y la regula. Desde sus inicios en el derecho romano así se ha concebido a la compraventa, como un instrumento jurídico de mucha utilidad para las transacciones entre privados por la importancia económica de contar con un mínimo de reglas que aseguren dichas transacciones. Esto ha propiciado que su evolución vaya de la mano con los cambios y/o innovaciones en materia económica, lo cual data del derecho romano arcaico y así lo explica Belloso de Pedro:

> Coincide la doctrina en que el inicio de la compraventa en el derecho romano primitivo deriva de la transformación que sufrió la permuta, es decir el negocio jurídico, consistente en el intercambio de cosa por cosa, a raíz de la aparición del dinero […] por tanto que cuando se empezó a acuñar monedas fue el momento en que se pudo hablar de compraventa […] como intercambio de cosa por precio[2].

1 *Cfr.* Torres Proaño, Iván y Salazar Sánchez, Cecilia. *De las Obligaciones y los Contratos Civiles.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, pp. 218-219.

2 Belloso de Pedro, Cristian. *El contrato de Compraventa en Roma y su Evolución Posterior: La evicción.* Tesis de grado. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2016, p. 3.

Es así que se puede evidenciar que el surgimiento de nuevos desarrollos o instrumentos de uso económico, como en su momento fue la moneda, causó que este instrumento legal se adapte a una nueva realidad económica, pasando de ser un intercambio de cosa por cosa (permuta) a una de cosa por precio (compraventa).Los elementos mencionados, a la postre, se tornarían en esenciales para la formación de dicho acto jurídico y, tanto es así que, hoy en día, en el sistema legal ecuatoriano los elementos esenciales[3] del contrato de compraventa son la cosa y el precio[4], agregando un nuevo elemento esencial no contemplado en el derecho romano.

La incursión de la moneda no sería la última de muchas innovaciones y cambios económicos que alterarían no solo a la compraventa, sino a otros contratos e instrumentos legales. Posteriormente, en los "siglos XII y XIII —Edad Media—, época en la que comenzaban a florecer las ferias y los mercados como centros de reunión de comerciantes, viajeros [...] donde se intercambiaban mercancías y monedas, y se prestaban toda clase de servicios"[5], se produjo un punto de inflexión histórico en el modo de generar riqueza, y fue cuando el comercio —y la profesión de comerciante— comenzaron a despuntar y, por tanto, se volvió necesario que se creen y adapten instrumentos jurídicos a las nuevas modalidades de comercio. La compraventa fue de especial interés, ya que "el comercio es ante todo y por propia naturaleza compraventa"[6], donde el comerciante tiene un ánimo comercial de lucro en sus transacciones y no de simple adquisición como sucedía en el campo privado, donde el intercambio era para satisfacer necesidades. A consecuencia de esta necesidad de adaptar y crear herramientas jurídicas que respondan a las necesidades del comercio, se volvió necesario establecer un régimen especial y nació "la parte del Derecho positivo que llamamos Derecho mercantil [que] es la que regula la actividad económica que conocemos como el comercio, [y] no podrá caber duda de la importancia que para esta parte del ordenamiento jurídico tiene la compraventa"[7].

Con el antecedente del nacimiento del derecho mercantil, como una rama autónoma y enfocada en el comercio y los comerciantes, se produjo una distancia del tradicional derecho civil, ya que el derecho mercantil se concibió para dotar de herramientas y medios legales para el comercio que se caracterizaba por su constante evolución, ante lo cual el formalista y rígido derecho civil no podía responder.

Esta lógica necesidad de contar un nuevo Derecho que responda a las cambiantes realidades económicas se debe en gran medida a que, si bien los con-

3 Prescribe el artículo 1460 del Código Civil que son elementos de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato.

4 Dichos elementos se encuentran en el artículo 1732 del Código Civil.

5 Gaitán Martínez, José Alberto. *Lecciones sobre títulos-valores*, primera edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 15.

6 Seco Caro, Enrique. *El contrato mercantil de compraventa.* Madrid: Editorial Marcial Pons, 2009, p. 17.

7 *Id.,* pp. 19-20.

tratos revisten de una gran riqueza jurídica, contienen un gran valor económico que, como se evidenció en líneas pasadas, han propiciado su cambio. Por esto, es imperante tomar en consideración la corriente del Análisis Económico del Derecho (en adelante AED). Esta corriente se basa en lo siguiente:

> […] Entender y justificar la existencia de los contratos, desde el punto de vista de la eficiencia y de la Economía, partiendo de nociones económicas de eficiencia y utilizando concepciones propias de materias como teoría de juegos entre otras. […] Explicar el derecho […] desde el punto de vista de eficiencia bajo un análisis costo-beneficio[8].

En otras palabras, el AED busca analizar bajo un esquema económico las herramientas y reglas provenientes del Derecho, en concreto, si la existencia de un contrato o regla legal para determinada transacción permite lograr la mayor eficiencia o no. Un ejemplo práctico de esto fue el nacimiento entre comerciantes de las letras de cambio, y, en general, de los títulos valores que contando con un marco legal definido posteriormente, constituían la herramienta jurídica más eficiente para los negocios de ese momento en específico. Por ello, es imposible disociar el impacto económico que tienen los contratos y cualquier herramienta legal sobre los medios de colaboración o cooperación.

Observado el desarrollo histórico de este contrato y notada su importancia económica, se advierte que dicho contrato ideado para relaciones entre privados que buscaban satisfacer necesidades básicas ha sufrido una transformación de la mano con el desarrollo de las relaciones económicas, llegando al punto de que una rama del derecho que se denominó previamente derecho mercantil, lo ha implementado para que se acomode a sus necesidades. Esta implementación, en específico del contrato de compraventa, dio paso para que dos ramas de derecho privado, civil y mercantil, regulen el mismo acto. Es aquí donde nace la problemática que se plantea discutir sobre el doble régimen que tiene dicho contrato, ya que en legislaciones como la ecuatoriana donde se cuenta con un Código Civil (en adelante CC) y un Código de Comercio (en adelante CCo), es inminente la dicotomía que se puede producir. Si bien se estableció que el régimen civil es por excelencia general (todo acto entre privados), y el mercantil es especial (comerciantes y actos de comercio), sus límites no son claros por la constante interacción entre ambos. Esta dificultad se profundiza aún más por la complejidad de determinar la mercantilidad de un acto, es decir, saber cuándo se aplica la ley especial, ya que, como manifiesta Jesús Álvarez:

> La inexistencia de una verdadera y fundamental concreción respecto a lo que sea «la materia mercantil» [y debido a] La inseguridad doctrinal para determinar en el ámbito de la existente doble regulación cuando deba acudirse a una u otra, es

8 Torres Proaño, Iván y Salazar Sánchez, Cecilia. *De las Obligaciones y los Contratos Civiles.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, p. 219.

> decir, los criterios para decidir si se encuentra el intérprete ante una compraventa «mercantil» o «civil» para cuya solución no existe un criterio claro y definido en la doctrina ni en la jurisprudencia[9].

Sin perjuicio del análisis posterior que se hará sobre la artificial frontera que existe entre lo civil y mercantil por los fenómenos de generalización y comercialización, en este punto es prudente entrar en un análisis normativo, jurisprudencial y doctrinario en el contexto ecuatoriano sobre cómo determinar la mercantilidad o no de un acto y por tanto la aplicación del Código Civil o el Código de Comercio.

Sobre la aplicación en general de un Código u otro, el artículo 4 del CC prescribe que la ley especial prevalece sobre la general[10], en este caso en actos mercantiles prevalece la aplicación del Código de Comercio sobre el Código Civil. En esa misma línea, el CCo establece en su artículo primero que su ámbito de aplicación es respecto de comerciantes y los actos de comercio[11]: (i) respecto del comerciante —criterio objetivo— el Código precitado los define en su artículo segundo como aquellas personas naturales o jurídicas que hacen del comercio su actividad habitual[12]; y, (ii) respecto de los actos de comercio —criterio subjetivo— el Código referido los enumera en el artículo octavo[13], planteando la inmediata duda de si es una lista taxativa o ejemplificativa. Así establecido, se cuenta con dos criterios normativos para determinar si se aplica la norma mercantil o el régimen general lo cual, no obstante, ha suscitado distintos criterios jurisprudenciales y doctrinales. En lo que respecta de la mercantilidad en concreto de la compraventa, el CCo contiene varias disposiciones al respecto. Por un lado, el artículo 216 determina que a los actos mercantiles les son aplicables los principios y reglas generales del derecho civil que se refieran a las obligaciones y contratos, siempre que estas reglas y principios no se opongan a las disposiciones del CCo, por lo cual esta norma pretende resolver las posibles antinomias que se presenten cuando una norma del CC se oponga a una del CCo, dejando en claro que no se aplicarán las del CC. Por otro lado, el artículo 219 del CCo prescribe que, "el contrato es mercantil desde el momento que se **celebre** con **un comerciante o empresario y** se **refiera** a **actos de comercio**"(énfasis añadido)[14], abriendo así la posibilidad de determinar la mercantilidad del contrato por la calidad de tan solo uno de los contratantes ya que la norma es clara al determinar que bastará que una parte sea comerciante o empresario ejecutando un acto de comercio, es decir concurriendo los dos elementos subjetivos y objetivos, para que sea mercantil

9 Álvarez Carvallo, Jesús María. "La unificación del contrato de compraventa". *Consejo Internacional sobre la reforma del Derecho Contractual y la protección de los Consumidores.* Congreso llevado a cabo en la ciudad de Zaragoza, España, del 15 al 18 de noviembre de 1992.
10 Código Civil. Artículo 4. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
11 Código de Comercio. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019.
12 *Eiusdem.* Artículo 2.
13 *Eiusdem.* Artículo 8.
14 Código de Comercio. Artículo 219. Registro Oficial Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019.

el contrato. Esta conclusión y lo prescrito en la norma es por demás lógico ya que los comerciantes también operan en su esfera privada cuando celebran negocios que no guardan relación con sus actividades habituales y resultaría impropio aplicar las normas mercantiles.

Así las cosas, por mandato del artículo 219 del CCo, en conjunto con las definiciones de comerciante o empresario y acto de comercio contenidas en las primeras disposiciones del mismo Código, el contrato será mercantil cuando una de las partes sea comerciante y ejecute un acto de comercio. Si bien los artículos mencionados clarifican cuándo un contrato es mercantil, podría darse el caso de que la parte no comercial cuestione esa mercantilidad y genere duda. En dicho caso, el artículo 264 del CCo manda que las dudas se interpretan a favor del no comerciante, por lo cual especial cuidado se debe tener con la redacción e interpretación de los contratos mercantiles, ya que, *prima facie,* el artículo mencionado establece una especie de interpretación a favor del no comerciante[15] en caso de duda.

A pesar de que normativamente pareciera existir un camino claro, la doctrina y la jurisprudencia no han sido uniformes. Previo a analizar cierta jurisprudencia es preciso alertar que el CCo estudiado en el presente trabajo es de reciente publicación —mayo de 2019— por lo que la jurisprudencia mercantil que se cita hace alusión a Códigos de Comercio ya derogados. Sin embargo, el CCo mantiene muchas de las instituciones y la sistematización de los Códigos derogados, por lo tanto para efectos del presente análisis no supone una dificultad.

En el caso de la jurisprudencia ecuatoriana destacan varias decisiones que se analizarán brevemente. Respecto del criterio subjetivo, es decir la mercantilidad del acto, mediante sentencia de tercera instancia la antigua Corte Suprema de Justicia en una controversia contractual respecto de un contrato de transporte aéreo, al momento de referirse a la mercantilidad del contrato por parte de la compañía demandada determinó lo siguiente:

> Iberia Líneas Aéreas de España Sociedad anónima es sujeto de actos mercantiles […] debidamente establecida en nuestro país […] siendo su objeto el de celebrar contratos de transporte aéreo, con fines de lucro […] el numeral quinto del Art. 3º del Código de Comercio **no avisora** [sic] **aún el caso del transporte por aire, ante cuya omisión, cabe la interpretación progresiva que la cubra** (énfasis añadido)[16].

Este razonamiento se volvió necesario ya que el contrato de transporte aéreo a la fecha de dicha sentencia no estaba regulado como tal, ni siquiera dicha modalidad de transporte, por lo cual de forma acertada la Corte realiza una

15 Un símil válido es el *in dubio pro operario* en materia laboral, que en caso de duda se interpreta a favor del trabajador.
16 Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial 1, serie 12.* Sentencia, 26 de octubre de 1972.

interpretación extensiva y, mediante analogía, acobija a este acto de comercio no regulado en el ámbito del Código de Comercio, así confirmando vía interpretación judicial que la lista de actos de comercio que el CCo[17] contiene es netamente ejemplificativa. Este razonamiento evidencia algo que a la postre es determinante y es la inclinación por la aplicación del régimen mercantil sobre el civil.

Otro caso resuelto por la misma Corte, versó sobre un contrato de transporte aéreo celebrado entre un agricultor y una compañía aérea, cuyo objeto era que esta última transporte 29 cabezas de ganado vacuno desde los Estados Unidos hacia Quito para que el agricultor pueda comercializar y fomentar el ganado. La controversia se produjo por el fallecimiento de la mayoría de las cabezas de ganado por la falta de oxigenación en el avión y, como era de esperarse, el agricultor demandó a la compañía aérea. La demandada alegó, en lo principal, dos elementos importantes:

> (i) las disposiciones del contrato de transporte terrestre [no pueden ser] aplicadas al transporte aéreo de animales […] [y adicional resolver] (ii) si un acto mixto (entre un agricultor y una compañía de transporte aéreo) debe ser juzgado por la Ley Mercantil[18].

A efectos de resolver la controversia, la Corte razona lo siguiente:

> El contrato de transporte, se halla regulado en el Código de Comercio, por los Arts. 205 y siguientes y estas normas legales, evidentemente, son aplicables al caso en estudio, por lo que dispone Art. 4 [costumbre como fuente de derecho] de la propia Legislación[19].

Resulta así que la Corte resolvió parcialmente lo alegado por la demandada, ya que si bien el artículo 205 del Código de Comercio vigente a la fecha regulaba el transporte terrestre, sus disposiciones no mencionaban al transporte aéreo[20], pero la Corte por analogía al encontrarse ante un acto no contemplado expresamente en la Ley[21] decidió aplicar dicha normativa por ser la más cercana y parecida. Sin embargo, no era el único camino para determinar la mercantilidad del acto, ya que la Corte pudo observar el ánimo con el que intervinieron tanto el agricultor (comercializar el ganado) como la compañía (transportar el ganado), lo cual se adecuaba a lo prescrito por el artículo tercero, numeral uno del Código de Comercio de 1960, que determinaba como acto de comercio "la compra o permuta de cosas muebles, **hecha con ánimo de revenderlas** o

17 Sea en el Código de Comercio vigente o en los ya derogados, se contenía una lista de actos de comercio.

18 Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial 8, serie 13*. Sentencia, 13 de mayo de 1980.

19 *Ibíd.*

20 Código de Comercio, 1960. Artículo 205. Registro Oficial Suplemento No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

21 Se podría considerar como un contrato atípico por carecer de regulación expresa en un cuerpo legal, pero tiene un nombre en el comercio conocido como contrato de transporte aéreo reconocido por la jurisprudencia mencionada.

permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas" (énfasis añadido)[22]. De los hechos del caso resultaba manifiesto que el agricultor tenía como intención la reventa del ganado para su comercialización, por lo cual era una inminente relación mercantil.

Las sentencias antes citadas manifiestan dos criterios inequívocos sobre la calificación de mercantilidad: (i) los actos de comercio enumerados normativamente son ejemplificativos y usando la interpretación extensiva y analógica se pueden incluir nuevos o no[23]; y (ii) se prefiere la integración a la ley mercantil que a la ley civil, es decir, buscar que entren en el régimen especial antes que el general. Adicionalmente, es pertinente concluir que no existe una certeza total de cuándo será mercantil y siempre se estará a la interpretación que hagan los operadores de justicia, quienes muestran cierta tendencia a la mercantilización.

A pesar de que las normas del actual CCo y de la jurisprudencia citada dan fuerza a la mercantilización, la discusión está lejos de encontrar una solución única, esto debido a que la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la antigua Corte Suprema de Justicia recogió las dos tendencias sobre los actos de comercio exponiendo lo siguiente:

> La mayoría [sostiene], que el artículo es simplemente ejemplificativo; es imposible que un Código puede enumerar todas las hipótesis, es imposible que el legislador pueda acertar en la confección de una lista donde [s]e hallen todos los casos de mercantilidad […] esta afirmación la confirma el Código de Comercio Ecuatoriano (1960). En la lista del Art. 3 faltan actos y contratos que, sin embargo, son regulados por el propio Código […] la cesión, Art. 204, la prenda, reglamentada por el título XV (Libro II), la cuenta corriente, Art. 535, el préstamo […]. En consecuencia […] el intérprete tiene libertad para considerar como mercantiles otros actos no enumerados en el Código pero que puedan asimilarse a los enumerados en el Art. 3[24].

La Corte, por otro lado, menciona a la otra corriente que sostiene lo contrario, los que se inclinan por la taxatividad, al decir que:

> el Derecho Mercantil, es un Derecho especial, el legislador al enumerar diferentes hipótesis, ha querido delimitar la materia mercantil, declarar que tales operaciones deben considerarse como mercantiles y no especiales, por tanto, que el juzgador, libremente, pueda crear nuevos actos mercantiles y tal sería, en definitiva, la po-

22 Código de Comercio, 1960. Artículo 3, numeral 1. Registro Oficial Suplemento No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

23 La extensión de la mercantilidad debe cuidar ciertos límites respecto de actos de distinta naturaleza, por ejemplo, el Código de Comercio de 2019 incluyó en su regulación el contrato de *factoring* que por su naturaleza es de carácter financiero y mal podría concluirse que el *factoring* es una actividad mercantil por estar en el ámbito de una norma mercantil cuando en realidad es una actividad financiera y se sujeta, no solo a normas legales distintas por aplicación del Código Orgánico Monetario y Financiero al ser una actividad financiera, sino a una realidad distinta de la mercantil.

24 Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. *Gaceta Judicial 5, serie 17.* Sentencia, 26 de marzo de 2001.

> sibilidad del intérprete si se le permitiera ampliar la tesis de que el Código solo contiene una lista de ejemplos[25].

Sobre esta posición final, es prudente adelantar que en virtud del fenómeno de generalización el derecho mercantil ha perdido esa característica de ser especial.

Por su parte, la doctrina ha expuesto varias opiniones sobre esta dificultad, ya que a pesar de contar con definiciones normativas de comerciante y acto de comercio:

> […] Aunque determinemos quién es comerciante y quien no, habrá un contrato mercantil [en] aquellos actos o contrato que por su objeto sean mercantiles, aun cuando sean ejecutados por no comerciantes, lo cual nos vuelve a traer una dificultad adicional, **qu[e] es determinar qué actos son por su naturaleza mercantiles,** de tal forma que aunque los **ejecuten quienes no son comerciantes, se rijan por el Código de Comercio** (énfasis añadido)[26].

Es por esto que la determinación mercantil de un acto recae en la dificultad de poder adoptar un concepto unitario de lo que es un acto de comercio, como explica Garrigues, ya que, como se notó en la jurisprudencia citada en el concepto de acto de comercio mismo "hay actos objetivos [comerciantes] y actos subjetivos [actividad comercial]"[27], por ello el precitado autor sugiere que, "el concepto legal del acto de comercio hay que buscarlo fuera del C. de c."[28], lo cual es un argumento a la tesis ejemplificativa para que adopte nuevos hechos que podrían ser comerciales, pero aun dada la existencia de dos tesis en la jurisprudencia ecuatoriana se "dificulta la apreciación judicial para decidir […] cuándo es mercantil un acto no previsto en el Código [por tanto] Los Tribunales tendrán que recurrir a criterios puramente doctrinales"[29].

Sin ánimo de profundizar y complicar más el tema, pero sí para enmarcar la cuestión del presente trabajo, la determinación de mercantilidad puede resultar aún más compleja cuando se enfrentan lo que Garrigues llama actos mixtos que son aquellos que:

> son al mismo tiempo civiles para un contratante y mercantiles para el otro. **Ejemplo: en la compraventa** […] el **acto será mercantil para el que compra con propósito de revender**, lucrándose en la reventa; mas para el que vende sólo será mercantil si la venta es, a su vez, acto de realización de una compra mercantil (reventa) (énfasis añadido)[30].

25 *Ibíd.*
26 Torres Proaño, Iván y Salazar Sánchez, Cecilia. *De las Obligaciones y los Contratos Civiles.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, p. 241.
27 Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil.* I. México: Editorial Porrúa S.A., 1977, p. 150.
28 *Id.,* p. 151.
29 *Ibíd.*
30 *Id.,* p. 157.

En estos actos, como la compraventa, es donde entran en conflicto el derecho civil con el mercantil cuya colisión es inevitable ya que "la casi totalidad de los actos de comercio son actos mercantiles sólo para una de las partes, en razón a que la actividad del comerciante es una mediación entre no comerciantes"[31].

En conclusión, el análisis normativo del CCo en comparación con el CC muestra que el camino a determinar la mercantilidad, al menos el de la compraventa, está dado por la intervención de un comerciante con un acto de comercio, sin perjuicio de la discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre la calificación de un acto de comercio no contemplado como tal. Adicional a ello, mayor dificultad reviste la clasificación de mercantilidad en los actos mixtos ya que ante un mismo instrumento jurídico se cuenta con disposiciones diferentes que se deben analizar para determinar su complementariedad o contradicción. Por lo expuesto, ha quedo delimitado el problema jurídico; la compraventa es un acto mixto por ser un instrumento jurídico regulado en dos cuerpos legales distintos —CC y CCo— que, para ciertos elementos, va a tener reglas contradictorias. Por lo tanto, la doble regulación es innecesaria y supone un problema para la utilidad económica del contrato. Es así que dentro de los mecanismos ideados para solventar esta dicotomía, la unificación normativa de reglas generales y abstractas sobre obligaciones y contratos aparece como la más conocida y posiblemente es aplicable al caso ecuatoriano[32].

2. Los fenómenos de la generalización y comercialización

Las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales que sostienen y defienden la división entre las normas civiles y mercantiles por la especialidad de esta última, han de encontrar dificultad de sostener esa postura por los fenómenos que se explicarán a continuación. Históricamente, y por herencia del pensamiento jurídico romano, la autonomía de la voluntad se encontraba supeditada a la positivización de instrumentos contractuales reconocidos por el ordenamiento jurídico. En ese sentido se pronuncia Antonio-Manuel Morales Moreno, explicando que:

> […] el Derecho romano, aunque utiliza el concepto de contrato, no reconoce, como en el Derecho actual, el poder de la autonomía de la voluntad de crear obligaciones. El sistema contractual romano es un sistema típico. El ejercicio de la autonomía de la voluntad está conectado a la utilización de un tipo contractual admitido por él[33].

31 *Id.,* p. 158.

32 No es materia del presente trabajo encontrar la mejor metodología para unificar el derecho de las obligaciones y los contratos, tan solo se sugiere la más deseable dada la tradición legislativa y judicial. A tal respecto, sobre las metodologías de unificación de obligaciones y contratos, *vid.* Pájaro Moreno, Nicolás. *Una propuesta Metodológica para la Unificación de las Obligaciones y de los Contratos en Colombia*. En Castro de Cifuentes, Marcela. *Modernización de las Obligaciones y los Contratos*. Bogotá: Editorial TEMIS, 2015, pp. 213-272.

33 Morales Moreno, Antonio-Manuel. *Claves de la Modernización del Derecho de Contratos.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez,

Dicho pensamiento jurídico, por la evidente influencia de la tradición civilista, tiende a quedar estático e inamovible y no se compadece con el tráfico actual de bienes y servicios que las personas realizan ya que la voluntad no puede ser solo concebida en términos jurídicos, sino atender también a las situaciones económicas que impulsan dichos actos y, por tanto, resulta poco eficiente mantener un sistema tan rígido que no permita el pleno desenvolvimiento de esas relaciones y el Derecho civil, como manifiesta Garrigues:

> […] se ve obligado a buscar nuevas normas y principios en el Derecho mercantil. Por un lado, […] la riqueza mobiliaria, constituida fundamentalmente por valores mercantiles de fácil trasmisión […] [y] la difusión de las sociedades anónimas […] son una muestra de la **creciente insinuación** de las **operaciones genuinamente mercantiles en el campo antes reservado a la contratación civil** (énfasis añadido)[34].

Esto es conocido como el fenómeno de la comercialización del Derecho Civil, que en síntesis significa "el traspaso al campo del Derecho civil de normas e instituciones jurídicas originariamente dictadas para satisfacer peculiares exigencias del tráfico mercantil"[35]. Esto trae como consecuencia inmediata que aquellos instrumentos que estaban reservados para los comerciantes, ahora estén disponibles para todos, ya que el Código Civil al ser de derecho común y general permite que dichos instrumentos puedan ser empleados por todos. En la actualidad, sin importar el oficio de una persona, todos usan instrumentos como cheques, mandatos, pagarés y letras de cambio. Estas herramientas se emplean en relaciones entre privados, a pesar de su origen mercantil.

En línea con lo anterior y de manera paralela, si bien las normas mercantiles y su propio derecho nacieron como una disciplina propia de los comerciantes, los grandes avances tecnológicos y las producciones en masa de mano con las relaciones de consumo han ocasionado que "el Derecho mercantil [se extienda] […] a todos los ámbitos de la sociedad, distanciándose […] de su primitivo contenido, cuando sólo era […] de los comerciantes. A este fenómeno se le ha llamado "generalización" […] del Derecho mercantil"[36]. Resulta que, como se explicó previamente, los usos generales y masivos de ciertas herramientas que en un principio eran solo de comerciantes, han ocasionado la pérdida de ese carácter único del derecho mercantil. Así las cosas, por efecto de estos fenómenos en muchos ordenamientos jurídicos se cuenta con varios instrumentos legales, como el caso de la compraventa, que por ser útil para ambos regímenes están sometidos a una doble regulación lo cual ha planteado la necesidad moderna de unificar en un solo código de derecho privado su metodi-

2016, pp. 24-25.

34 Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. I. México: Editorial Porrúa S.A., 1977, p. 32.

35 *Id.,* pp. 32-33.

36 *Id.*, p. 32.

zación[37] para dotar de mayor seguridad jurídica. Previo a plantear esta solución, es menester identificar dónde se producen las contradicciones y también dónde las normas se complementan o coadyuvan para así poder armonizar el sistema.

3. Problemas existentes

A continuación, se analizarán ciertos elementos del contrato de compraventa que encuentran, o podrían encontrar, cierta diferencia de regulación en el Código Civil y en el Código de Comercio. Dado que la comparación es con la compraventa mercantil que recae sobre mercaderías, se tomarán en cuenta las reglas aplicadas a los bienes muebles en el CC, ya que las mercaderías, conforme el artículo 9 del CCo, son bienes muebles.

3.1. Concepción de la compraventa

El artículo 1732 del CC define a la compraventa como un contrato donde una parte denominada vendedor se obliga a dar una cosa, y otra parte denominada comprador, a pagar el precio de la cosa. Por otro lado, el artículo 296 del CCo define a la compraventa mercantil como un contrato donde una parte (vendedor) se obliga a transferir la propiedad de una cosa y otra parte (comprador), a pagar el precio de dicha cosa, y se añade que la finalidad de dicho contrato es económica y es hecho de forma habitual, organizada y dirigida a un mercado[38]. Así las definiciones, se observa que ambos Códigos perciben a la compraventa como un contrato, requiriendo la intervención de al menos dos partes (vendedor y comprador) y los elementos de la esencia que son cosa y precio; sin embargo, hay una diferencia respecto de la obligación del vendedor ya que el CC prescribe que su obligación es de dar y el CCo determina que su obligación es de transferir la propiedad, por lo cual resulta prudente preguntar ¿dar es lo mismo que transferir la propiedad? ¿es tan solo una diferencia de palabras o existe una diferencia sustancial? A efectos de responder esta duda, es importante describir las obligaciones del vendedor contempladas tanto en el CC como en CCo.

En primer lugar, dentro del CC de manera más amplia el artículo 1764 especifica que las obligaciones del vendedor se reducen[39] a dos: (i) la entrega o tradición; y (ii) saneamiento[40], que comprende la responsabilidad por los vi-

37 Codificar es uno de los varios métodos que se han implementado para solventar esta problemática. Véase el caso de Suiza, Italia y Argentina.

38 Sobre esta finalidad del contrato de compraventa mercantil podría analizarse cuál fue el espíritu del legislador al añadir cual es la finalidad y forma económica de un contrato. A tal respecto, como se ha anotado y se anotará a lo largo del presente trabajo, la redacción del Código de Comercio es en momentos vaga, imprecisa y paternalista en el sentido que busca definir y regular todo. Pretender clasificar jurídicamente la finalidad y forma económica de un contrato es una intromisión a la voluntad y libertad individual de decidir con que finalidad se celebra determinado contrato, más aún si estamos en una rama como el derecho privado.

39 Esto sin perjuicio de las demás obligaciones contractuales y legales que puedan surgir.

40 Respecto de esta obligación, se hará referencia en secciones posteriores en comparación a su similar en el Código de Comer-

cios redhibitorios que son los defectos ocultos de la cosa y el vicio por evicción consistente en la privación del dominio al comprador.

Sobre la primera obligación, la entrega es un hacer material por el cual el vendedor debe efectivamente entregar la cosa, por ejemplo dejar el vehículo en tal dirección, poner a disposición las mercaderías en tal lugar, entregar las llaves, etc. Respecto de la segunda, la tradición es un negocio jurídico que consiste en la transferencia del dominio sobre la cosa y por lo tanto hacer dueño al comprador tal como lo prescribe el artículo 686 del CC. En resumen, para el CC la obligación de dar del vendedor se compone de dos momentos: (i) un hacer material que es entregar la cosa; y (ii) dar —negocio jurídico— que es transferir la cosa y hacer dueño al comprador. Adicional a eso, se debe observar el bien objeto de dicha tradición, en caso de los bienes muebles la simple entrega basta para entregar y transferir, por lo cual la obligación de dar se cumple en un solo acto. Sin embargo, hay casos especiales donde la entrega y tradición pueden diferir, por ejemplo es el caso de venta de cosa ajena, donde el vendedor efectivamente puede hacer entrega del bien, no obstante, dado que no es dueño no podrá cumplir con su obligación de transferir la cosa, ya que un requisito para que surta pleno efecto la tradición es que el tradente (vendedor) tenga la facultad jurídica de transferir del dominio siendo el verdadero dueño. Este requisito se encuentra contemplado en el artículo 686 del CC, que no es sino la aplicación del aforismo *nemo dat quod non habet* recogido en el artículo 698 del CC. Otro ejemplo es la tradición de bienes inmuebles, que por mandato del artículo 702 del mismo Código, se efectúa con la inscripción en el Registro correspondiente, por lo tanto solo se cumple con la obligación de transferir en un segundo momento que es la inscripción.

Ahora bien, por otro lado el CCo al definir en su artículo 296 que la obligación del vendedor es transferir la propiedad, pareciera *prima facie* que hace alusión a la obligación de transferir que se refiere el CC. Sin embargo, el artículo 304 del CCo que desarrolla las obligaciones del vendedor prescribe que sus obligaciones serán, "**entregar** las **mercaderías**, **transmitir** su **propiedad saneada** y cualquier documento relacionado con ellas [...] (énfasis añadido)"[41]. Entonces, la obligación del vendedor de transferir la propiedad contiene: (i) entrega; y (ii) transmitir propiedad saneada. Respecto de la entrega, ¿se entiende igual que la tradición? Dado que es una situación no contemplada por el CCo se deben aplicar las disposiciones civiles sobre la compraventa por mandato del artículo 297 del CCo. Por tanto, la obligación de entrega de la compraventa mercantil si bien no incluye expresamente la de dar, dado que la compraventa mercantil recae sobre bienes muebles[42] y estos se transfieren con la simple entrega, es lógico y concluyente que si el CCo establece como obligación

cio; conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros.

41 Código de Comercio. Artículo 304. Registro Oficial Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019.

42 Las mercaderías conforme el artículo 9 del Código de Comercio, son bienes muebles.

del vendedor la entrega, está implícita su obligación de tradir ya que cuando entregue estará transfiriendo el dominio. A más de eso, la transferencia de dominio es de la naturaleza de la compraventa, ya que, como explica Leal Pérez:

> Si el comprador se obliga a pagar el precio de la cosa, es porque espera adquirir la propiedad pacífica y útil de la misma, y no simplemente su posesión. Nadie compra para llegar a ser mero poseedor, sino pleno e indiscutible propietario. El móvil determinante del comprador, **causa** de su **obligación** de **pagar** el **precio**, es la **adquisición** del **dominio** de la cosa (énfasis añadido)[43].

Si bien en este caso de determinar si la obligación de entrega en la compraventa mercantil contenía la de dar, más allá de que hubiera resultado absurdo pensar que por el hecho de que el CCo use solo la palabra entrega eso exima al vendedor de dar la cosa, lo que resulta relevante es que no es un caso de contradicción entre normas, sino una interacción mandatoria entre ambos Códigos para esclarecer una situación no prevista, lo cual nos plantea el primero de muchos casos de dispersión normativa que se producen al regular en diferentes cuerpos un mismo instrumento, lo cual alimenta más aún la necesidad de unificar el régimen. En conclusión, la obligación del vendedor, tanto en la compraventa mercantil como civil, dado que estamos frente a bienes muebles, consiste en la entrega que es por sí misma la tradición y adicionalmente el saneamiento de la cosa que será tratado a continuación.

3.2. El riesgo y las obligaciones del vendedor

La teoría del riesgo es de gran importancia en materia contractual y de obligaciones[44], ya que se refiere al "tiempo que media entre que la obligación se contrajo [se perfecciona el contrato] y el momento en que de cumplirse, la cosa objeto de la prestación está expuesta al peligro de la pérdida o de deterioro"[45], por lo cual es preciso determinar qué parte contractual —vendedor o comprador— debe asumir el riesgo durante ese tiempo. En el campo mercantil es de vital importancia la asunción del riesgo por la historia del desarrollo del comercio, como explica Juan Francisco Terán:

> En la antigüedad y principalmente en imperios reconocidos por su tradición naviera, se empezó a considerar al riesgo como un tema de gran importancia. Es decir, un tema que eminentemente debía ser tratado y resuelto por influir de manera considerable en el desarrollo normal de la actividad comercial[46].

43 Leal Pérez, Hildebrando. *Contrato de Compraventa civil y comercial.* Primera Edición. Bogotá: Librería Doctrina y Ley, 1989, pp. 21-22.

44 En especial del modo de extinguir las obligaciones por la pérdida de la cosa que se ve contemplado en el numeral octavo del artículo 1583 del Código Civil y desarrollado en los artículos 1686 al 1696 que incluye no solo la pérdida, sino cuando perece, se destruye, queda fuera del comercio, desaparece o si se ignora si existe.

45 Parraguez Ruiz, Luis. *Apuntes al Código Civil Ecuatoriano Libro Cuarto: Teoría de las Obligaciones.* Loja: Editorial U.T.P.L, 1999, p. 185.

46 Terán Sunca, Juan Francisco. *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías.* Quito: Corporación

En línea con lo anterior, como primer antecedente se puede observar que en el derecho romano se sostenía "la regla '*periculum est emptoris*' […] [en virtud de la cual] el riesgo de la **cosa mueble no fungible pasa al comprador desde la conclusión del contrato**, de manera que, si la cosa se pierde entre ese momento y la entrega, el comprador debe pagar el precio acordado" (énfasis añadido)[47]. Por otro lado, en códigos como el francés "la transmisión del riesgo estará unida a la trasmisión de la propiedad que se realizará en el momento de perfección del contrato"[48], por lo cual el perfeccionamiento del contrato hace dueño al comprador sin que medie ninguna otra operación jurídica, lo cual resulta distinto al principio romano del *periculum est emptoris.* Previo a analizar las normas civiles y mercantiles de esta teoría es preciso notar que: (i) la teoría del riesgo es aplicable sobre los bienes denominados de cuerpo cierto[49], que es aquel que "puede ser individualizado para que se lo distinga con precisión de otros que integran su mismo género"[50]; y (ii) la transferencia del dominio y asunción del riesgo son situaciones distintas en el sistema legal ecuatoriano ya que, por regla general, el comprador recibe el riesgo pudiendo no ser propietario aún, lo cual es consecuencia de la dualidad del sistema título-modo que Luis Parraguez ilustra de la siguiente manera:

> Un ejemplo muy claro del funcionamiento de esta dualidad en nuestro sistema civil tiene lugar en el **contrato de compraventa** [título] que no transfiere el dominio del bien, el comprador no se hace dueño de la cosa comprada; solamente adquiere **un derecho personal** para exigir al vendedor la entrega y transferencia del dominio […] el contrato sirve como […] título suficiente para que luego se produzca […] la ***tradición*** o **entrega** de la cosa comprada (énfasis añadido)[51].

En consecuencia, en el sistema contractual ecuatoriano se deben distinguir dos momentos: (i) el perfeccionamiento del contrato que transfiere el riesgo; y (ii) la tradición —o modo de adquirir el dominio— del objeto de dicho contrato, que en el presente caso de estudio bastará con la entrega, sin perjuicio de que la Ley determine otras más[52].

3.2.1. Perfeccionamiento del contrato

Puesto que es vital determinar cuándo se perfecciona el contrato de compra-

Editorial Nacional, 2013, p. 11.

47 Vidal Olivares, Álvaro y Oviedo Albán, Jorge. "Riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional. Una aproximación desde el incumplimiento y los remedios del comprador". *Revista de Derecho Privado*, 31, (2016), p. 164.

48 Oviedo Albán, Jorge. "La transmisión de riesgos en el contrato de compraventa. Derecho Colombiano y comparado". *Vniversitas* 108 (2004), p. 199.

49 Esta hipótesis no aplica a los bienes genéricos toda vez que en caso de pérdida o deterioro pueden ser reemplazados por otros ya que no están individualizados.

50 Parraguez Ruiz, Luis. *Régimen jurídico de los bienes.* Quito: Ediciones Iuris Dictio, 2015, p. 104.

51 *Id.*, p. 296.

52 En el caso de la compraventa de bienes inmuebles para cumplir con la tradición no solo basta la entrega sino la inscripción en el Registro de la Propiedad donde se encuentre el bien para que el comprador sea dueño, misma disposición contiene el artículo 370 del Código de Comercio respecto de la venta comercial de bienes raíces y la inscripción en el referido Registro.

venta para la asunción del riesgo, es menester revisar las reglas de perfeccionamiento civiles como las mercantiles. En lo que respecta al ámbito civil, el artículo 1740 del CC prescribe que el contrato de compraventa se perfecciona con el acuerdo de cosa y precio[53], siendo aquellos de carácter consensual[54] que establece el artículo 1459 del mismo Código, donde el consentimiento basta para que se perfeccione y nazca a la vida para el Derecho, por ello para el Código Civil en el momento que se acuerdan cosa y precio —elementos esenciales del contrato— se perfecciona el contrato y es jurídicamente exigible, sin perjuicio de que para probar sus obligaciones habrá que disponer de cierto acervo probatorio.

Sin embargo, en el campo mercantil el perfeccionamiento dista de ser una cuestión pacífica de resolver por lo cual es prudente anticipar que la solución dependerá caso por caso y quedará en manos de jueces y árbitros determinar el momento del perfeccionamiento. La problemática se resume en el articulado del CCo, en primer lugar el artículo 300 del Código de Comercio prescribe que:

> El contrato de compraventa mercantil **constará por escrito, excepto en los casos en que las partes desean formularlo de manera verbal**, en cuyo caso podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos. Esta disposición no se aplicará cuando otras leyes dispongan la obligatoriedad de celebrarse por escrito (énfasis añadido)[55].

A primera vista, por la redacción del artículo, pareciera que es una norma mandatoria por usar la palabra constará. Sin embargo reconoce a las partes la posibilidad de celebrarlo verbalmente, lo cual sería una norma de tipo permisiva, generando así como regla general la celebración por escrito y por excepción, si las partes lo desean, verbalmente. Ahora bien, el artículo 269 del mismo Código prescribe lo siguiente:

> Cuando las leyes de comercio **exijan como requisito de forma del contrato** que este **conste por escrito, ninguna otra prueba es admisible**; y a **falta de este requisito, el contrato se tiene como no celebrado** (énfasis añadido)[56].

Este artículo, al estar contenido dentro del Título IV sobre la interpretación y prueba de los contratos del CCo, se debería entender que establece los medios de prueba de los contratos, es decir, los requisitos que en doctrina se conocen como *ad probationem* y sirven para probar la obligación y no la existencia de la misma, pero la redacción del artículo citado es confusa porque en su primer renglón establece que cuando se exija que el contrato conste por escrito ninguna otra prueba es válida, entonces es obvio concluir que la reducción a escrito

53 Código Civil. Artículo 1740. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
54 *Eiusdem.* Artículo 1459.
55 Código de Comercio. Artículo 300. Registro Oficial Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019.
56 *Eiusdem.* Artículo 269.

es prueba, pero en el segundo renglón determina que a falta de la misma se entiende como no celebrado, es decir, como si no existiera. Contrastando el artículo 300 con el artículo 269 del CCo es evidente que quedan abiertas dos puertas: (i) considerar la reducción a escrito como un requisito *ad probationem*; y (ii) la reducción a escrito es un requisito de existencia del contrato, es decir, *ad solemnitatem* y por excepción verbal si las partes desean. Como se anticipó al inicio de esta disquisición, no existe una respuesta establecida, pero dado que en el presente trabajo se ha considerado la finalidad económica de los contratos, sería prudente para la práctica contractual que el requisito de reducción escrita se mantenga como prueba y no existencia ya que la celeridad de los negocios no se compadece con el formalismo que aparentemente exige el CCo. A la postre estas redacciones vagas e imprecisas podrían ocasionar interpretaciones por parte de los jueces o árbitros, *contra legem* ya que el propósito o intención de la norma[57] no es claro y es también atentatorio al derecho constitucional a la seguridad jurídica ya que estas normas no son claras ni previsibles y no podrían ser así aplicadas por autoridades públicas, ya que bien podrían los intérpretes tomar caminos más formalistas o criterios más acordes a la práctica contractual. En el caso del perfeccionamiento sí existe una latente contradicción ya que el CC determina clara y previsiblemente el perfeccionamiento del contrato de manera consensual, mientras que el CCo, por contener una redacción imprecisa y confusa, no es claro sobre si la exigencia de reducir a escrito será un requisito de existencia (perfeccionamiento) o de prueba de las obligaciones. Una aparente contradicción entre el modo de perfeccionar dependerá caso por caso y en la práctica, mercantil al menos, por la celeridad de los negocios estas precisiones podrían pasar inadvertidas, no obstante en un eventual litigio para la prueba de las obligaciones, sí cobra relevancia para demostrar la existencia o no del contrato y ahí radica la complejidad de contar con doble regulación.

3.3. Riesgo y obligación de saneamiento

Revisado el momento clave del traspaso del riesgo, se verificará y comparará cómo se elabora la teoría del riesgo tanto en el sistema civil como en el mercantil.

Desde el campo civil, en lo que respecta a la compraventa, el artículo 1760 del CC prescribe lo siguiente:

> La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se

57 Estas fallas legislativas pueden tener relación con el fenómeno conocido como *legislastive avalanche* o *legislative whirlwind,* que ocasiona que las normas pierdan autoridad ya que en un tiempo muy reducido comienzan a presentar problemas, esto ya que el Código de Comercio, a la fecha de redacción del presente trabajo, no cumple ni un año.

> cumpla la condición; pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador[58].

Es por tanto que el comprador sin ser dueño aún, ya que no ha operado ningún modo de adquirir el dominio, asume el riesgo de la cosa una vez perfeccionado el contrato. No obstante, en las siguientes circunstancias asume el riesgo el vendedor: (i) mientras penda la condición suspensiva[59] y cuando verifique la condición asume el comprador; (ii) mora de entrega del vendedor; (iii) culpa del vendedor; y (iv) vendedor se haya comprometido a asumir el riesgo[60]. Por otro lado, en el campo mercantil, el Código de Comercio, en lo pertinente a la compraventa mercantil, en su artículo 340 determina lo siguiente:

> El riesgo se transfiere al comprador una vez perfeccionado el contrato. La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador, no liberan a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deba a un acto u omisión del vendedor, exista fraude o culpa del vendedor, la cosa se haya deteriorado o perdido por vicio interno y oculto[61].

En principio la regla comercial se asemeja al campo civil, y se afirma que nuestro sistema civil y mercantil sigue el principio romano que se enunció previamente ya que el comprador asume el riesgo desde el perfeccionamiento del contrato tanto el CC como en el CCo.

Respecto de este punto es pertinente concluir anticipadamente que los sistemas civil y mercantil al atender a la regla romana están siendo imprácticos y, por lo tanto, deben acoplarse al sistema título-modo que es transversal al ordenamiento jurídico privado ecuatoriano, ya que lo deseable es que las cosas perezcan para su dueño, por tanto los Códigos, siguiendo la línea romana, transfieren el riesgo al comprador con el perfeccionamiento del contrato, sin atender a que efectivamente sea dueño y tenga la cosa para soportar ese riesgo. La adopción de esta teoría romana resulta improcedente en la práctica, no obstante en el Código Civil se han previsto dos mecanismos para proteger a quien soporta el riesgo en el artículo 1687, el cual establece que siempre que perece la cosa en poder del deudor se presuma que es por hecho o culpa suya y el 1690 que pone la carga de la prueba del hecho fortuito al que la alegue.

Para ilustrar mejor la sugerencia propuesta es preciso citar la explicación de Oviedo Albán sobre el sistema alemán que se acerca más a lo propuesto:

58 Código Civil. Artículo 1760. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

59 Dicha condición se refiere a la venta, es decir, al contrato y por tanto a las obligaciones que de él deriven por lo cual aplica a la obligación del vendedor de *dar* la cosa, es decir, al negocio jurídico de la tradición y también a la del comprador de *dar* el precio.

60 Código Civil. Artículo 1688. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

61 Código de Comercio. Artículo 340. Registro Oficial Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019.

> […] la regla alemana consiste en que el vendedor transmite el riesgo al comprador al momento de producirse la entrega de la cosa, salvo que el contrato involucre transporte, caso en el cual la trasmisión del riesgo se realizará cuando el vendedor entregue la cosa al expedidor, transportador o a quien fuere designado para realizar el envío[62].

Es por lo que la teoría del riesgo debe acoplarse a dicho sistema de título-modo y así evitar impensables situaciones en las que alguien que no tenga en su poder un objeto que ha comprado, tenga que soportar el riesgo de la pérdida del mismo.

Regresando al punto del riesgo, si bien el riesgo siempre lo asume el comprador al perfeccionamiento del contrato, el punto de contradicción es que el CCo hace extensible el riesgo al vendedor en casos de vicios ocultos en la cosa y, por ello, es preciso aclarar dos cuestiones.

En primer lugar, los vicios a los que hace referencia el artículo 340 del CCo guardan estricta relación con la obligación del vendedor, en la compraventa mercantil, de transmitir la propiedad saneada, esta obligación de saneamiento se compone de: (i) la conformidad de las mercaderías; y (ii) mercadería libre de pretensiones de terceros. Estas obligaciones de saneamiento encuentran su similitud en lo que en materia civil se conoce como vicios redhibitorios y por evicción, respectivamente. Por mandato del artículo 311 del CCo que establece que se estará a lo dispuesto en materia de vicios redhibitorios del Código Civil, lo cual ocasiona que ante el mismo supuesto (vicio) se cuenta con una regulación dispersa entre los diferentes Códigos, o generando múltiples efectos jurídicos, en especial las acciones que puedan derivar de la existencia de un vicio y las obligaciones por las que deba responder el vendedor.

En segundo lugar, riesgo y vicios son instituciones jurídicas distintas que trabajan sobre diferentes hipótesis: (i) el riesgo supone la pérdida o perecimiento de una cosa, o dejó de existir o no se conoce su ubicación, y así trae como efecto por regla general, la extinción de la obligación del vendedor salvo las excepciones que anotamos previamente; y (ii) los vicios ocultos en la cosa suponen que aún existe la cosa y ya en manos del comprador, la misma se ha deteriorado sea porque no está apta para su uso natural o porque ha sido privado el dominio sobre ella, y cuando ocurre un vicio no se extingue la obligación del vendedor, es más, a causa de estos vicios nacen obligaciones que el vendedor debe reparar al comprador.

A efectos de demostrar el doble régimen que nace de los vicios, la siguiente tabla ilustra lo explicado y manifiesta la dualidad en el sistema de los vicios:

62 Oviedo Albán, Jorge. "La transmisión de riesgos en el contrato de compraventa derecho Colombiano y comparado". *Vniversitas* 108 (2004), p. 204.

Código Civil		Código de Comercio	
Vicios Redhibitorios (arts. 1797 – 1810)		**Conformidad de Mercaderías** (arts. 311 – 318)	
Condiciones: (i) existir al tiempo del contrato; **(ii)** cosa no sirva para uso natural o sirva imperfectamente de tal manera que el comprador no hubiera comprado o a un menor precio; y **(iii)** vendedor no los manifieste y el comprador ignore.		**Condiciones**: **(i)** no aptas uso ordinario que se de a otras del mismo tipo; **(ii)** no aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente conste en el contrato; **(iii)** posea las cualidades de muestra o modelo si el vendedor la presentó al comprador; y **(iv)** envasadas o embaladas de forma que se las pueda conservar	
Acciones [Acción redhibitoria]	**Prescripción**	**Acciones**	**Prescripción**
Rebaja del precio	1 año (muebles)	Requerir al vendedor entrega conforme	No es acción judicial
		Terminación Unilateral	No es acción judicial, surte efectos desde la notificación a la contraparte
Rescindir la venta	6 meses (muebles)	Resolución	3 años (general mercaderes)
		Cumplimiento forzoso	3 años (general mercaderes)
Vicio por evicción (arts. 1778 – 1796)		**Pretensión de terceros** (art. 319)	
Condición: sentencia judicial que priva parcial o totalmente del dominio al comprador		**Concepto:** mercadería libre de cualquier gravamen, derecho o pretensión de un tercero	
Acciones	**Prescripción**	**Acciones**	**Prescripción**
Acción de saneamiento (privación total)	Cuatro Años	El artículo relativo a esta cuestión no reconoce ni refiere acción alguna. Sin embargo, al ser incumplimiento de una obligación del vendedor se aplican las generales: terminación unilateral, resolución y cumplimiento forzoso con los plazos de prescripción determinados.	
Restitución precio (privación parcial se rescinde la venta)	10 años (prescripción general)		

Así las cosas, el comprador cuya mercadería sufra de un vicio redhibitorio en virtud del artículo 1800[63] del CC y en concordancia con los artículos 317 y

63 El régimen de vicios redhibitorios es aplicable por mandato del artículo 311 del CCo, y respecto de los vicios por evicción

340 del CCo, puede: (i) extinguir su obligación de pago al alegar la pérdida o deterioro como consecuencia del vicio; (ii) requerir al vendedor el cumplimiento de la conformidad; (iii) rescindir la venta; y (iv) exigir la rebaja del precio. Incluso, dado que la falta de conformidad configura un incumplimiento a la obligación del comprador de entregar saneada la mercadería, se podrían activar las acciones generales al incumplimiento que el CCo reconoce en sus artículos 302 y 303, siendo estas: (i) terminación unilateral con demanda de daños y perjuicios; (ii) cumplimiento forzoso con indemnización de daños y perjuicios; y (iii) resolver el contrato junto con los daños y perjuicios. Cada acción con su plazo de prescripción distinto detallado en la tabla.

En el caso de la pretensión de terceros o vicio por evicción, el CCo no hace alusión a qué estaría obligado a responder el vendedor, por lo cual eso obliga a remitirse al CC para conocer el régimen aplicable, lo cual pone de manifiesto aún más la dispersión normativa generada por la doble regulación; el CCo establece la responsabilidad por las pretensiones de terceros pero toca remitirse al CC para conocer cómo específicamente responde ante ese vicio en concreto, qué rubros debe responder, cuándo se excepciona, etc.

En conclusión, sobre la materia de vicios es manifiesta la dualidad aplicada a la compraventa, no solo por posibles contradicciones entre los criterios de los Códigos, sino por la excesiva dispersión normativa que causa la doble regulación y exige un trabajo innecesario de integrar los regímenes por falta de unificación y genera una incertidumbre grande entre las partes ya que el abanico de opciones y acciones que dispone una frente a la otra es extremadamente amplio.

3.4. Venta con reserva de dominio

Es preciso analizar un tema inquietante y que pone de manifiesto la dualidad de la compraventa, y es la venta con reserva de dominio, que es una condición suspensiva a la obligación de tradir "caso en el cual, la regla general se verá alterada, toda vez que el comprador no será acreedor de la cosa, sino hasta el momento en que acaezca dicha condición"[64]. La tradición, en tanto negocio jurídico, puede estar sujeta a una condición y así lo reconoce el artículo 696 del CC, que incluso acota el caso en el que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago o el cumplimiento de otra condición, lo cual posteriormente en el artículo 1814 del referido Código cambia, ya que dicho artículo prescribe que la cláusula de reserva de dominio con condición de pago no surte efecto. En otras palabras, no vale una condición suspensiva a transferir el dominio hasta efectuado el pago.

se aplica el CC, dado que este contiene el régimen completo mientras el CCo solo se limita a describir en qué consiste, pero no establece las consecuencias de dicho incumplimiento, por lo cual hay que dirigirse al régimen del Código Civil para completar.

64 *Id.,* p. 208.

Ahora bien, en el ámbito mercantil se dista mucho de lo civil ya que el artículo 356 del Código de Comercio reconoce la plena validez de la venta con reserva de dominio e incluso en el artículo 357 prescribe que será solamente por escrito, e incluso se deberá inscribir en el Registro Mercantil. Y respecto del riesgo la regla es distinta, ya que el comprador solo la asume desde que se produce la entrega real de la mercadería y solo será dueño cuando se verifique la condición de pagar el precio. La cuestión compleja es la disposición legislativa de que para contratos civiles no surte efectos la reserva de dominio, mientras que la mercantil no solo que se la reconoce, se la regula con todo un procedimiento.

Podría pensarse en eventuales hipótesis que al discutir la mercantilidad de un contrato se ponga en juego la validez o no de la cláusula con reserva de dominio, sin embargo en este caso se cuenta con mecanismos más formales para determinar la mercantilidad o no de dicho contrato y así saber si surte efecto o no la cláusula, como la reducción a escrito del contrato y la inscripción en el Registro Mercantil, ya que si se cumplen dichos requisitos, resulta inequívoco que la operación es plenamente mercantil. Incluso suponiendo que se omita la inscripción, lo cual tiene un efecto de prueba para hacer valer los derechos que reconoce el capítulo de la venta de reserva de dominio, se quedaría solo con el indicio de que fue celebrado por escrito lo cual no determina la mercantilidad o no del acto o contrato. En este punto, se pone de manifiesto aún más la dualidad del sistema y, sobre todo, con una cláusula que podría no valer dependiendo de la calidad que se le dé: civil o mercantil.

3.5. Remedios contractuales ante el incumplimiento

Como se estableció en un inicio, los contratos y sus cuerpos legales sirven como mecanismo de seguridad para todas las transacciones que se realizan, y una de las virtudes de contar con dicha regulación es la posibilidad de poder ante un eventual incumplimiento de las obligaciones de la contraparte, activar contra aquella mecanismos que permitan satisfacer mejor los intereses de aquel que sí ha cumplido. Es por lo tanto que se puede observar que:

> Los efectos del incumplimiento constituyen mecanismos objetivados de protección del interés del acreedor, cuya funcionalidad pende fundamentalmente de que se produzca el hecho del incumplimiento del contrato. A estos mecanismos se les denomina **remedios** y corresponden a **los derechos o acciones de que dispone el acreedor en caso de incumplimiento para la realización de su interés** (énfasis añadido)[65].

65 Vidal Olivares, Álvaro R. “El incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional”. *Revista Chilena de Derecho*, 33, 3, (2006), p. 442.

Determinado así, es procedente revisar cuáles son los remedios contractuales que el ordenamiento civil y el mercantil establecen ante el incumplimiento de las obligaciones.

De manera general para todo contrato bilateral el CC en su artículo 1505 faculta a exigir al incumplido o el cumplimiento forzoso de la prestación debida o la resolución del contrato, lo que es conocido como la condición resolutoria tácita. Posteriormente, en lo relativo al contrato de compraventa, si es que las partes estipulan un pacto comisorio como lo determina el artículo 1817, el contrato se puede resolver o exigir su cumplimiento en el caso del incumplimiento por parte del comprador, de pagar el precio, y es preciso notar que no es cualquier incumplimiento el activar este pacto, tan solo la falta de pago del precio, que es la obligación principal del comprador como lo determina el artículo 1811del CC y, finalmente, si es que las partes acordaran un pacto comisorio calificado el efecto será la resolución *ipso facto* del contrato ante la falta de pago del precio, con la salvedad de que, a pesar de que sea inmediato, el acreedor o vendedor deberá demandar y cuando el incumplido sea citado con la demanda tendrá 24 horas para cumplir de manera extemporánea con su obligación de pago. En resumen, la condición resolutoria tácita permite accionar contra cualquier incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales que se incorporen al contrato, mientras que el pacto comisorio, sea o no calificado, se construye a favor del vendedor–acreedor, que lo puede accionar siempre que su comprador incumpla con el pago. Adicional a la acción general (condición resolutoria tácita) y las acciones por incumplimiento de pago (pacto comisorio y calificado), el comprador dispone contra el vendedor las ya mencionadas acciones derivadas por la obligación de saneamiento; la acción redhibitoria y la acción de saneamiento.

Estas acciones confluyen de manera simultánea por contar con plazos distintos de prescripción y aplicarse en supuestos similares de incumplimiento. Supongamos que el vendedor incumple su obligación de sanear la cosa y entrega un bien mueble que contiene un vicio redhibitorio que no permite su uso natural, en ese caso podemos: (i) activar acción redhibitoria que prescribe en seis meses o pedir la rebaja del precio en un año; y (ii) la condición resolutoria tácita que al prescribir por las reglas generales, se siguen los plazos del artículo 2415 del Código Civil; 5 años para las acciones ejecutivas y 10 años para las ordinarias. Otro caso sería en el que, de existir un pacto comisorio calificado, la acción del vendedor para solicitar el pago o la resolución prescribe en 4 años conforme lo manda el artículo 1820 del CC, un plazo relativamente corto si se compara al que tendría la acción de la condición resolutoria tácita.

Por otro lado, respecto de las disposiciones del Código de Comercio, sobre el mismo contrato, los artículos 302 y 303 otorgan tres acciones a ejercerse en

caso de incumplimiento; (i) terminar unilateralmente el contrato notificando al otro, (ii) resolver el contrato; y (iii) cumplimiento forzoso.

La inclusión de la figura de la terminación resulta novedosa y es consecuente analizar sus efectos y su necesidad en el ámbito mercantil. La terminación unilateral es una facultad que tiene una parte de terminar el contrato ante el incumplimiento de otra. Para ejercitar dicha facultad se precisa notificar a la otra parte, y con dicha notificación surte pleno efecto la terminación. Tanto efecto surte y se entiende terminado el contrato, que el artículo 302 del CCo reconoce a la parte que notifica la terminación la sola posibilidad de demandar daños y perjuicios, mas no la posibilidad de la resolución o cumplimiento, ya que no se puede pedir la resolución de un contrato ya terminado, o peor aún, el cumplimiento de un contrato que ha dejado de surtir efectos. Incluso si la parte notificada con la terminación no está conforme, puede de igual manera demandar únicamente los daños y perjuicios que dicha terminación le causó. En ambos casos, las partes solo pueden reclamar daños y perjuicios y las acciones del artículo 303 del CCo correspondientes a la resolución y cumplimiento carecerían de fundamento ya que no hay contrato que puedan resolver o exigir su cumplimiento.

El efecto de esta terminación no opera de manera retroactiva, ya que por lo dispuesto en el artículo 223 del CCo el régimen de restituciones recíprocas de los contratos de ejecución instantánea[66] está reservado para la resolución de un contrato. Por los argumentos expuestos, el efecto inmediato de la terminación es que el contrato deja de surtir efectos para las partes y se deja a salvo su acción de pedir los daños y perjuicios que la terminación les causare.

Si bien dentro de esta sección se han enunciado las acciones que reconoce cada Código, podemos encontrar varias similitudes entre las acciones que regulan, como es el caso de la resolución o cumplimiento forzado que se encuentran en ambas, pero también el hecho de que ciertas acciones civiles, como la redhibitoria y por evicción, que si bien no están dentro del CCo por consecuencia de la dispersión normativa que ocasiona este último, se entienden aplicables al contrato mercantil, ocasionando que acciones reservadas para actos civiles pueden ser aplicadas en los actos mercantiles. El caso concreto, la acción redhibitoria, es plenamente aplicable a un contrato mercantil por mandato expreso del artículo 311 del CCo.

En resumen, se observa un abanico de remedios contractuales frente al incumplimiento de una de las partes, donde no hay un límite claro entre dichas acciones, ya que algunas sirven para múltiples propósitos y, por lo tanto, la

66 La compraventa es, conforme la definición del artículo 222 del CCo, un contrato de ejecución instantánea ya que sus prestaciones se cumplen en un solo acto.

tarea de unificar puede solucionar esta problemática al determinar de manera general las acciones concretas y generales para el mismo caso.

4. Tendencias modernas a la unificación

En párrafos anteriores, se evidenció de manera general el doble régimen al que está expuesta la compraventa, un doble régimen que no solo contiene contradicciones entre algunas normas, sino que fomenta la dispersión normativa, atacando la seguridad jurídica de las partes y dificultando innecesariamente la práctica contractual, que por su efecto económico debe contar con reglas de juego que permitan la eficacia en sus transacciones. Esta problemática puede ser solucionada mediante la unificación en un cuerpo legal de carácter privado sobre las reglas generales de los contratos y obligaciones. Al respecto, sobre dicho problema y las tendencias de solución, se pronuncia Jorge Oviedo Albán:

> La **dicotomía de instituciones de derecho privado, en nada favorece el creciente ritmo de operaciones contractuales en el mundo globalizado**, razón por la cual seguramente en un futuro no lejano se emprenderán los procesos de armonización y **unificación jurídicas** […] deben considerarse los esfuerzos de instituciones como la […] UNCITRAL; el Instituto para la Unificación del Derecho Privado […] (énfasis añadido)[67].

Es preciso notar que la necesidad de suprimir esta dicotomía tuvo ya un primer precedente que "viene corroborad[o] por los pasos que todos conocen […] [del] libro IV del Código civil italiano de 1942, en donde, sin haber ocasionado la desaparición del Derecho Mercantil, se ha llegado a una normativa unitaria con plena satisfacción de ambos grupos de especialistas"[68]. Adicionalmente a aquello, no se puede perder de vista la importancia económica y social que tienen los instrumentos del derecho los cuales deben atender a la finalidad no solo jurídica, sino económica que persiguen y por tanto su modernización y unificación; también tratan de "renovar el derecho de los contratos mismo para que se adapte mejor a las realidades económicas y sociales"[69].

Los esfuerzos internacionales por dicha unificación se han dado en especial por el despunte del comercio internacional y, por el protagonismo que ha ganado, es importante que en nuestro sistema civil y comercial se puedan acoplar a las tendencias modernas plasmadas en instrumentos como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980) o los Principios UNIDROIT sobre los contratos

67 Oviedo Albán, Jorge. "La transmisión de riesgos en el contrato de compraventa. Derecho colombiano y comparado". *Vniversitas* 108, (2004), p. 195.

68 Álvarez Carvallo, Jesús María. "La unificación del contrato de compraventa". *Consejo Internacional sobre la reforma del Derecho Contractual y la protección de los Consumidores.* Congreso llevado a cabo en la ciudad de Zaragoza, España, del 15 al 18 de noviembre de 1992.

69 Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *La Modernización del Régimen de la Compraventa*, p. 46. En: Castro de Cifuentes, Marcela. *Modernización de las Obligaciones y los Contratos*. Bogotá: Editorial TEMIS, 2015, pp. 41-74.

comerciales internacionales (2016). En cuanto a nuestra región, se considera de especial importancia tomar en cuenta el esfuerzo regional en esta materia que se vio plasmado con los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, los cuales logran "plasmar un esfuerzo emprendido por un sector de la doctrina civil latinoamericana de repensar el derecho de los contratos en la región, aproximándolo a ciertos desarrollos originados a partir de la Convención de Viena […]"[70]. Los instrumentos internacionales, la doctrina y también la práctica, sugieren y requieren, que se unifiquen en lo posible los distintos regímenes de derecho privado por lo cual en el presente trabajo se puso en evidencia dicha necesidad al visualizar las innecesarias diferencias que existen en el tratamiento a la compraventa desde el Código Civil y desde el Código de Comercio.

Se reconoce, sin embargo, que la tarea de unificar no dista de ser complicada porque de fondo se pone una cuestión de equilibrio, que en palabras de Nicolás Pájaro supone que:

> Cualquier propuesta metodológica para unificar en un solo régimen la reglamentación civil y comercial de las obligaciones y de los contratos debe ponderar dos valores en juego: la necesidad de seguridad jurídica de los ciudadanos […] ante la constante mutabilidad de la realidad que exige del derecho un grado de adaptabilidad[71].

La tarea de unificar debe llevar como fundamento el equilibrio entre la seguridad jurídica y la adaptabilidad del derecho a las nuevas realidades por lo cual se debe escoger el mecanismo que mejor se adapte a la realidad jurídica de determinada jurisdicción. Dado que en el caso ecuatoriano más allá de las contradicciones y vacíos lo que se evidenció es una gran dispersión normativa que bien podría ser resuelta por una unificación de esas reglas generales para dar mayor previsibilidad al sistema.

5. Conclusiones

El derecho de los contratos y las obligaciones no solo está revestido de gran riqueza jurídica, también de un gran valor económico y social, por lo que no se puede desconocer su importancia para las actividades de desarrollo de las personas y, por tanto, su modernización y consecuente unificación debe ser vista como una tarea de alta importancia para las personas inmersas en el mundo del derecho. La velocidad y los profundos cambios sociales y económicos que se enfrentan a diario no siempre pueden ser alcanzados por el derecho,

70 De la Maza Gazmuri, Íñigo *et al*. *Los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Primera edición. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 27.

71 Pájaro Moreno, Nicolás. *Una Propuesta Metodológica para la Unificación de las Obligaciones y de los Contratos en Colombia*. p. 252. En: Castro de Cifuentes, Marcela. *Modernización de las Obligaciones y los Contratos*. Bogotá: Editorial TEMIS, 2015, pp. 213-272.

pero se deben adaptar de manera abstracta las reglas a estos cambios. A lo largo del presente artículo se ha puesto de manifiesto la dualidad presente en la compraventa y cómo aquella es innecesaria y genera mayor incertidumbre entre las partes respecto de varios elementos, como el perfeccionamiento de sus contratos, las obligaciones que deben enfrentar y el contingente de acciones que podrían disponer o enfrentar. El camino hacia un código o cuerpo legal de derecho privado que regule los mínimos en materia de contratación y obligaciones no solo trae beneficios para aquellos operadores económicos que usan dichos instrumentos, sino también para abogados, jueces, juristas, etc. Ya que un solo cuerpo que establezca los mínimos necesarios y un marco flexible, resulta más eficiente para la práctica jurídica y económica. Finalmente, no se puede desconocer que las tendencias modernas plasmadas en instrumentos internacionales que anteriormente se citaron, sirven de guía para efectuar dicha unificación.



AV. 9 DE OCTUBRE 100, EDIF. LA PREVISORA OF. 2202.
T: 593-4-2300600 GUAYAQUIL - ECUADOR | EC090306

AV. NACIONES UNIDAS E20-30 Y NUÑEZ DE VELA, EDIF. METROPOLITAN, OF. 1107.
T: 593-2-3959590 QUITO - ECUADOR | EC170507 | WWW.CPLAW.EC

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



El arbitraje en equidad y la constitucionalidad: una relación posible y necesaria

Arbitration in Equity and Constitutionality: A Possible and Needed Relationship

Adriana Rodas Merino*
Jhossueth Heriberto Almeida Villacís**
Sebastián Correa Jiménez***

Recibido / Received: 17/03/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1681

Citación:
Rodas Merino, A., J. H. Almeida Villacís, y S. Correa Jiménez. «El arbitraje en equidad y la constitucionalidad: una relación posible y necesaria». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 113-133, doi:10.18272/ulr.v7i1.1681.

* Investigadora independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: adriana.rodasmerino@gmail.com; arodas@estud.usfq.edu.ec. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-9210-0372

** Asamblea Nacional del Ecuador, Asesor Legislativo, Av. 6 de diciembre y Piedrahita, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: jalmeidavillacis@gmail.com; jalmeidav@estud.usfq.edu.ec. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-0004-8536

*** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: correasebasj@gmail.com; scorreaj@estud.usfq.edu.ec. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-4388-5158

Resumen

El reconocimiento constitucional del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias ha propiciado una relación entre este mecanismo y la norma suprema. En el arbitraje en equidad, los árbitros deciden la controversia según su leal saber y entender, sin necesidad de fundamentarse en norma jurídica alguna, a pesar de lo cual guarda una estrecha relación con el derecho constitucional al debido proceso. Esto quiere decir que, además de tener como límite al orden público, su procedimiento debe ser de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Arbitraje y Mediación. Además, pese a no basarse en el derecho sustantivo, el laudo debe ser necesariamente motivado, pues está sujeto a un control constitucional. El presente análisis tomará en consideración el estándar de actuación del árbitro en equidad y discutirá su relación con el derecho procesal. También se determinará si el laudo en equidad debe o no ser motivado. Finalmente, se examinará la posibilidad del control constitucional en esta materia.

Palabras Clave

Arbitraje; equidad; laudo; constitucionalidad; motivación

Abstract

The constitutional recognition of arbitration as an alternative mechanism for dispute resolution mechanism has fostered a relationship between this mechanism and the Constitution. In equity arbitration, arbitrators decide a dispute to the best of their knowledge, without having to rely on any legal norm. Nevertheless, arbitration in equity is closely related to the constitutional right to due process. This means that, in addition to having public order as a limit, its procedure must be in accordance with the provisions of the Arbitration and Mediation Law. Furthermore, despite not being based on substantive law, the award must necessarily be motivated, as it is subject to constitutional control. This analysis will take into consideration the standard of performance of the arbitrator in equity and will discuss its relationship with procedural law. It will also be determined whether or not the award in equity must be motivated. Finally, the possibility of constitutional control in this matter will be examined

Keywords

Arbitration; equity; award; constitutionality; motivation

1. Introducción

El sistema judicial ecuatoriano no se ha caracterizado necesariamente por su efectividad, pues la corrupción, falta de celeridad y una infraestructura obsoleta, son algunos de los problemas que enfrenta dicho sistema, y que hace ocho años lo llevaron a ser declarado en emergencia[1]. Dichos problemas afectaban gravemente a la ciudadanía, que veía al sistema de justicia como algo tedioso, molesto y poco confiable.

Paralelamente, es comprensible lo novedoso y atractivo que resulta el uso de métodos alternativos de resolución de conflictos por su flexibilidad, celeridad y ejecutabilidad. Si bien una de las funciones del Estado es la de administrar justicia para conservar el equilibrio dentro de sus ciudadanos, esta potestad no puede ser entendida como absoluta y exclusiva en el sentido de que el Estado sea el único capaz de dirimir controversias. En contraposición con aquello, éste permite que sus ciudadanos utilicen métodos alternativos que, por su propia voluntad, sirven como mecanismos para resolver conflictos de una manera más eficiente, flexible y satisfactoria.

En este sentido, es necesario que el Estado, como garante de los derechos de sus ciudadanos, reconozca y tutele el derecho a resolver sus diferencias como consideren oportuno. Para tal efecto, la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE o Constitución) reconoce en su artículo 190 al arbitraje, la mediación y otros métodos alternativos de resolución de conflictos[2].

Pese a que estos mecanismos tienen un eminente carácter privado y gozan de flexibilidad, es evidente que su alcance no es infinito y debe respetar ciertos límites, los cuales radican en las normas de orden público relacionadas, principalmente, con el debido proceso.

La Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM), prevé dos tipos de arbitraje en función de cómo el árbitro va a dirimir la controversia: en derecho o en equidad. Cabe precisar que ambos deben mantenerse siempre dentro de los límites objetivos establecidos en el convenio arbitral. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con los árbitros que fallan en derecho, los árbitros en equidad no tienen que someterse a las disposiciones legales sustantivas vigentes, y por tanto deben decidir conforme su leal saber y entender[3], sin la necesidad de que los árbitros sean abogados. Así lo consagra el artículo 3 de la LAM[4]. Como resultado, existe el temor de que el arbitraje en equidad al estar apartado de norma jurídica alguna se aleje del debido proceso y termine siendo

1 Reuters. *Ecuador declara en emergencia a justicia para agilizar cambios*, 5 de septiembre de 2011. https://lta.reuters.com/articulo/domesticNews/idLTASIE7A7OCR20110906 (acceso: 04/05/2019).
2 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
3 *Cfr*. Navarro Pérez, José Luis. *Ley de Arbitraje*. Granada: Comares, 1990, p. 15.
4 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 3(2). Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

arbitrario[5]. Frente a este problema, se verá que el arbitraje en equidad está sujeto a ser examinado en cuanto al cumplimiento del estándar constitucional de motivación, a través de una garantía jurisdiccional.

2. La aplicabilidad del derecho procesal en el arbitraje en equidad

Como fue mencionado, la LAM establece que los árbitros en equidad deben fallar según su leal saber y entender, por lo tanto surge la siguiente duda: ¿a qué se refiere el «leal saber y entender»? Fernando de Trazegnies explica el círculo vicioso en el que suele caer la doctrina al decir que el leal saber y entender del árbitro debe ser guiado por la equidad; y ésta, a su vez, funciona conforme al leal saber y entender[6]. Para salir de este razonamiento circular, cabe esclarecer lo siguiente:

1. El leal saber y entender no es otra cosa que la manera en la que el árbitro aprecia los hechos presentados ante él, con base a su conocimiento y experiencias personales; y
2. La equidad puede ser entendida como aquello que es "ético o justo"[7].

Con base en esto y enfatizando que el estándar del «leal saber y entender» es respecto de la «equidad», queda claro que en un arbitraje en equidad, el árbitro debe decidir lo que considere ético o justo, según sus percepciones personales.

La consecuencia lógica de este estándar de actuación —bastante subjetivo— sería pensar que el árbitro en equidad puede fácilmente ser arbitrario. Sin embargo, las partes que acuden a un arbitraje en equidad no deberían sentir que han puesto su controversia en las manos de la mera emocionalidad de un buen señor[8]. Por el contrario, y al igual que en cualquier otro procedimiento, esperan que la decisión sea razonada, y que el análisis de argumentos y pruebas se base en criterios objetivos.

Con esto surge el cuestionamiento sobre la aplicabilidad del estándar de la equidad en el procedimiento arbitral. Cabe recalcar, no obstante, que el arbitraje está siempre supeditado a la Constitución. Así lo ha dispuesto también la Corte Constitucional:

---

5 Entendiendo a la arbitrariedad como un "acto dictado sólo por la voluntad o el capricho". Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario prehispánico de dudas.* "Arbitrariedad". http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=arbitrariedad (acceso: 03/05/2019).
6 Trazegnies Granda, Fernando de. "Arbitraje de Derecho y arbitraje de consciencia". *IUS ET VERITAS*, 7, 12 (1996), p. 116.
7 Martínez González, Pedro. *El nuevo régimen del arbitraje*. Barcelona: Bosch S.A., 1990, p. 32.
8 Trazegnies Granda, Fernando de. "Arbitraje de Derecho y arbitraje de consciencia". *Óp. cit.,* p. 115.

> [L]os procesos de solución de conflictos previstos por el sistema arbitral en el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia, enfrentan el desafío de constitucionalizarse, aplicando de manera integral los principios, normas y reglas constitucionales a estos métodos, pero fundamentalmente conservando la esencia y naturaleza del sistema arbitral, tarea en la cual sin duda deben participar todos los actores de aquél y, en particular, las autoridades arbitrales convertirse en actores de la democracia constitucional al resolver las controversias de acuerdo a la materia correspondiente (mercantil, contractual, etc.) pero bajo la irradiación permanente de la Constitución y de sus principios[9].

El arbitraje es eficaz en Ecuador sólo porque la Constitución así lo permite. En tal razón, la equidad no significa en modo alguno que el árbitro "disponga de absoluta libertad para el ejercicio de su cargo, ya que ha de respetar las normas y principios del orden público[10] y ciertas disposiciones imperativas"[11]. Por lo tanto, no está en discusión que, sea cual fuere el criterio sobre la aplicación de la equidad, las normas de orden público establecidas en la Constitución rigen transversalmente al procedimiento arbitral.

Entonces, el cuestionamiento respecto de la aplicabilidad de la equidad es si el procedimiento arbitral debe regirse, o no, por las normas de derecho procesal. El artículo 38 de la LAM dispone que el arbitraje "se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables"[12]. Es importante tener en cuenta que el mencionado artículo no establece una orden de prelación de las fuentes del arbitraje, por lo que, dada la naturaleza convencional de esta institución, se debe considerar que el procedimiento debe observar, antes que nada, las normas establecidas por las partes en el convenio arbitral.

Partiendo de que la equidad debe ir por encima de las normas que se aplican en el arbitraje en derecho[13], ¿debe someterse el procedimiento arbitral a las normas fijadas en el artículo 38 de la LAM? En relación con el procedimiento de los centros de arbitraje, Fernando de Trazegnies afirma que "se permite que el procedimiento de amigables componedores o arbitraje de consciencia se

---

9 Corte Constitucional del Ecuador. *Resolución No. 123*. Registro Oficial Suplemento No. 222 de 9 de abril de 2014.

10 Es cierto que el arbitraje debe someterse, por una parte, a los principios, normas y reglas constitucionales a las que se refiere la Corte Constitucional en su Resolución 123 del 9 de abril de 2014, y por otra, al orden público. Al respecto, Juan Pablo Cárdenas enfatiza que el orden público debe ser observado tanto por el arbitraje en derecho como por el de equidad. *Vid.* Cárdenas Mejía, Juan Pablo. "El arbitraje en equidad". *Vniversitas*, 105 (2003), p. 363.
En este sentido, se considera que el ataque al orden público necesariamente ocurre cuando existe una violación a los principios, normas y reglas de la Constitución. Por lo tanto, se tratarán a estas normas constitucionales como sinónimos de orden público.

11 Larreátegui M., Carlos. *Contribución al estudio del arbitraje privado*. Quito: Cámara de Comercio de Quito, 1982, p. 23.

12 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 38. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

13 Salvo, por supuesto, de la Constitución.

lleve de manera muy informal, prácticamente sin reglas previas"[14], criterio al que se acoge el presente trabajo.

Ahora, lo que procede analizar es si el procedimiento en equidad debe sujetarse a normas procesales, es decir, a la LAM y, supletoriamente, al Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP). Al respecto, existen tres posiciones: (i) la equidad se refiere a todo el procedimiento arbitral, por lo que no es regulado por el derecho sustantivo ni el procesal; (ii) la equidad sólo se aplica en el laudo, de modo que su procedimiento se rige por la LAM y sus normas supletorias; y (iii) la equidad se aplica a todo el procedimiento, pero éste se rige por la LAM.

2.1. La equidad se aplica a todo el procedimiento arbitral

El primer criterio referido sostiene que, en un arbitraje en equidad, no se debe observar el derecho sustantivo ni el derecho procesal. Por ende, el estándar de la actuación del árbitro sobre la equidad debe aplicarse en todo el procedimiento, incluyendo en el laudo. Esta idea parte de la antigua figura del *arbitrator*: la persona a quien, en el siglo XIII, se le confiaba decidir una controversia "*ex bono et aequo*, es decir, en equidad y no tenía que seguir el derecho ni el procedimiento ordinario"[15].

Como se explicó anteriormente, los árbitros en equidad actúan según el estándar del leal saber y entender. Gracias a esto están dispensados, por voluntad de las partes, "de sujetarse estrictamente a las reglas sustantivas y de procedimiento previstas por el ordenamiento jurídico para la resolución del caso"[16]. Reiteradas sentencias han manifestado que "los árbitros en equidad, al contrario de lo que sucede con los de derecho, no deciden con arreglo a un procedimiento prefijado ni con sujeción a Derecho"[17]. Asimismo, Roque Caivano asegura que "la libertad con la que actúan los árbitros se refiere a la posibilidad de excluir la aplicación estricta de preceptos jurídicos en un doble aspecto: respecto al procedimiento, y con relación al sustento del laudo"[18].

Sin embargo, se debe procurar no caer en el error de negar al arbitraje en equidad su carácter jurídico[19], pues como se explicó, la jurisdicción de los árbitros proviene de la Constitución, y ésta dispone que el derecho a la defensa incluye "presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra"[20].

14 Trazegnies Granda, Fernando de. "Arbitraje de Derecho y arbitraje de consciencia". *Óp. cit.,* p. 115.
15 Cárdenas Mejía, Juan Pablo. "El arbitraje en equidad". *Vniversitas*. *Óp. cit.,* p. 349.
16 Salcedo Verduga, Ernesto. *El arbitraje: La justicia alternativa*. Quito: Jurídica Míguez Mosquera, 2001, p. 49.
17 Cordón Moreno, Faustino. *El arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*. Madrid: Aranzadi, 1995, p. 56.
18 Caivano, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L.,2000, p. 313.
19 Larreátegui M., Carlos. *Contribución al estudio del arbitraje privado*. *Óp. cit.,* p. 23.
20 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76.7(h). Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

En virtud de esto, ni siquiera en una equidad absoluta, el árbitro no podría prescindir de la prueba, pues lo que sí le autoriza la equidad es a buscar la solución más justa para el caso, para lo cual necesita pruebas[21]. Así, la libertad del árbitro en equidad se traduce en "cierta amplitud en la apreciación de las pruebas la que se hará aplicando las reglas de la sana crítica, pero nunca deberá fallar fundado en las solas alegaciones de las partes, prescindiendo de las pruebas de los hechos"[22]. Es más, de conformidad con la Constitución, el árbitro no sólo tiene que basar su laudo en las pruebas presentadas por las partes; también tiene que desechar las pruebas obtenidas o actuadas ilegalmente[23].

A primera vista esta postura parece no atentar contra el orden público. No obstante, permitir que el árbitro en equidad se aleje de toda norma procesal, acarrearía problemas respecto del análisis de arbitrabilidad de la controversia, y de la declaración de competencia del tribunal.

Mediante el convenio arbitral, las partes otorgan competencia a los árbitros para que mediante un laudo resuelvan determinada controversia. Esta competencia se analiza en razón de la voluntad, persona y materia. No obstante, al defender que el arbitraje en equidad no debe observar lo dispuesto por la LAM, el tribunal podría omitir este análisis de arbitrabilidad. Es más, el árbitro puede no pronunciarse ni resolver sobre su propia competencia, simplemente porque lo considera justo. El absurdo de este silogismo deja claro que la aplicabilidad de la equidad en todo el procedimiento daría paso a una actuación arbitraria por parte del tribunal.

Además, si se sostiene que el arbitraje en equidad se somete sólo a la Constitución, se podrían desconocer principios fundamentales del arbitraje. Por ejemplo, el tribunal arbitral podría ignorar el principio de separabilidad, pese a que esté establecido en el tercer inciso del artículo 5 de la LAM[24]. De igual manera, se podría inobservar el principio *kompetenz-kompetenz*, reconocido en el cuarto inciso del mismo artículo[25]. Podría también excluirse el principio de *favor arbitralis*, establecido en el artículo 7 de la LAM[26].

Por lo tanto, permitir al árbitro en equidad basarse únicamente en su leal saber y entender, no sólo daría paso a arbitrariedades, sino que implicaría una violación al derecho a la seguridad jurídica, reconocido en el artículo 82 de la

21 Larreátegui M., Carlos. *Contribución al estudio del arbitraje privado*. *Óp. cit.,* p. 10.
22 Ernesto Salcedo Verduga concuerda con esta posición, pues señala que "todo laudo debe fundarse en las pruebas legal y oportunamente agregadas al proceso, y esto incluye a los laudos en equidad. Por ende, resulta "inadmisible –bajo el pretexto de actuar según su leal saber y entender– la tentación de sustituir las pruebas por los "estados de ánimo" o por las "simpatías o antipatías" del árbitro hacia cualquiera de las partes". Salcedo Verduga, Ernesto. *El arbitraje: La justicia alternativa*. *Óp. cit.,* p. 15.
23 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76.4. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
24 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 5, numeral 3. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.
25 *Eiusdem.* Artículo 5, numeral 4.
26 *Eiusdem.* Artículo 7.

Constitución[27]. Es decir, esta postura atenta, en última instancia, contra las normas de orden público.

2.2. La equidad se aplica únicamente respecto del laudo

Esta posición sostiene que fallar en equidad "no significa resolver un litigio de manera arbitraria irrespetando toda regla de procedimiento, pues sus principios son de orden público y de obligatorio cumplimiento"[28]. Se debe considerar que, si bien algunos ordenamientos han mantenido la figura del *arbitrer*, con cuya equidad sí permite que el árbitro se aparte de las reglas procesales, en países como Ecuador y Colombia, la equidad se refiere únicamente al fondo de la controversia[29]. Es decir, en un arbitraje en equidad, sí se aplican las normas del derecho procesal, estando estas recogidas por la LAM y, supletoriamente, por el COGEP.

De esta manera, el árbitro en equidad no tendría una carta blanca para decidir únicamente según su leal saber y entender, tampoco existiría la posibilidad de que el árbitro no analice la arbitrabilidad del caso en razón de la voluntad, persona y materia o que no resuelva sobre su propia competencia. De igual manera, no serían ignorados los principios fundamentales del arbitraje, como los de la separabilidad, *kompetenz-kompetenz* y *favor arbitralis*.

Por otra parte, en relación con el análisis de la prueba, la obligación del tribunal arbitral respecto de su valoración va más allá de la mera necesidad de laudar con base a las pruebas presentadas. El árbitro en equidad no puede "tomar como tales, pruebas incompletas, defectuosas o que carecen de una determinada formalidad o solemnidad pero que, por supuesto, forman parte del proceso"[30]. Bajo esta posición, entonces, la prueba debería ser admitida, practicada y valorada conforme lo establece el COGEP, toda vez que la LAM no regula esta materia, a menos que el convenio arbitral haya establecido un proceso que se refiera a dicha valoración.

Pero de ser así ¿cuál sería la diferencia entre un arbitraje en equidad y uno en derecho? La razón por la cual las partes pactan[31] la equidad es porque desean alejarse de formalismos que tanto abundan en el COGEP. Así, resultaría absurdo, por ejemplo, que el árbitro inadmita una prueba por no cumplir estrictamente con los requisitos de utilidad, conducencia y pertinencia[32]. Adi-

27 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 82. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
28 Salcedo Verduga, Ernesto. *El arbitraje: la justicia alternativa.* Guayaquil: Editorial Jurídica Míguez Mosquera, 2001, p. 15.
29 *Cfr.* Cárdenas Mejía, Juan Pablo. "El arbitraje en equidad". *Vniversitas*, 105 (2003).
30 Peña Castrillón, Gilberto y Martínez Neira, Néstor. *Pacto arbitral y arbitramento en conciencia*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 20.
31 Incluso a falta de estipulación sobre si el arbitraje será en derecho o equidad, el artículo 3 de la LAM prescribe que será en equidad, por tanto la equidad es la regla general salvo pacto en contrario, es decir, pacto en derecho.
32 Código Orgánico General de Procesos. Artículos 160 y 161. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

cionalmente, partiendo de la premisa de que los árbitros en equidad necesariamente deben observar las reglas procesales ¿cómo podrían hacerlo en el caso en el que no sean abogados? A criterio de Ernesto Salcedo Verduga:

> [Esta situación] obliga a que **censuremos** lo dispuesto por el segundo inciso del art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación que autoriza a quienes no son abogados para servir como árbitros en conciencia, pues las personas que son ajenas a las ciencias jurídicas tienen menos probabilidad de aplicar correctamente la Ley que los propios abogados (énfasis añadido) [33].

Sin embargo, lo señalado expresamente por la Ley no puede ser convenientemente ignorado.

Adicionalmente, es erróneo el criterio bajo el cual el procedimiento se rige tanto por la LAM como por el COGEP dado que el artículo 37 de la LAM dispone que "En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil[34] o Código de Comercio y otras leyes conexas, **siempre que se trate, de arbitraje en derecho**" (énfasis añadido)[35]. Por lo tanto, el COGEP no se aplica, ni siquiera supletoriamente en un arbitraje en equidad. De esta manera sí sería posible que los árbitros no sean abogados, tal como lo prevé la LAM y, en conclusión, esta postura queda también desvirtuada.

2.3. La equidad se aplica a todo el procedimiento, pero éste se rige por la LAM

Hasta aquí ha quedado claro que el límite del arbitraje en equidad es el orden público. No obstante, para evitar arbitrariedades que sobrepasarían este límite, el procedimiento debe adecuarse a las reglas establecidas en la LAM. También se ha demostrado que el COGEP no debe aplicarse en un arbitraje en equidad y, por lo tanto, el procedimiento podría ser guiado por árbitros que no sean abogados. Dicha postura es acogida en el presente trabajo.

Sin embargo, existe el riesgo de que el tribunal realice una errónea aplicación de la Constitución[36] o de la LAM, en caso en el que ninguno de los árbitros sea abogado[37]. Por ejemplo, si se presenta una demanda de asesinato, el tribunal posiblemente consideraría justo resolver la controversia ante lo cual un abogado sabría que el tribunal sería incompetente en razón de la materia, toda vez que los casos penales no son transigibles. Es por esto que pese a que la

33 Salcedo Verduga, Ernesto. *El arbitraje: la justicia alternativa.* Guayaquil: Editorial Jurídica Míguez Mosquera, 2001, p. 15.
34 Derogado por el COGEP.
35 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 37. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 200
36 Para evitar una errónea aplicación de la CRE es importante preservar el deber de motivación contenido en una norma de orden público como es el derecho constitucional al debido proceso. Al respecto de la motivación, se la tratará en la sección 3.
37 Según el Art. 17 de la LAM, el tribunal se constituye con tres árbitros principales y uno alterno.

LAM no lo exija, se considera recomendable que al menos uno de los árbitros principales del tribunal designado, sea abogado. De esta manera, se protegería tanto a la equidad como la correcta aplicación de las normas mínimas que el procedimiento debe seguir.

Adicionalmente, es preciso añadir ciertos efectos positivos de la inaplicabilidad del COGEP al arbitraje en equidad. Por un lado, supone una gran ventaja para mantener la celeridad y eficacia que caracteriza al arbitraje como método alternativo de solución de conflictos y también preserva la autonomía de la voluntad de las partes en el sentido que han querido adherirse a un proceso más eficaz que el de la justicia ordinaria, aplicar una norma —como el COGEP— compleja llena de etapas y formalidades, contraviene la esencia eficaz del arbitraje y la voluntad de las partes de contar con un método más flexible. Por otro lado, dado que el COGEP contempla varias formalidades para cada etapa procedimental, y en eso radica su lentitud para dirimir controversias, en el momento que un árbitro que no es conocedor de dicha legislación, es decir no abogado, podría encontrar muchas dificultades para entender su aplicación ya que incluso abogados y jueces con amplio conocimiento encuentran constantes desafíos de aplicación; para un árbitro no abogado supone un reto mayor y, en ese sentido, un riesgo de mala aplicación de las normas adjetivas aplicables al procedimiento que está dirigiendo, pudiendo causar un eventual daño al debido proceso y derecho a la defensa que al ser derechos constitucionales suponen un orden público que el árbitro debe respetar. En resumen, la falta de aplicación del COGEP trae consigo las siguientes implicaciones: (i) preservación de celeridad del arbitraje; (ii) el pleno goce de la autonomía de la voluntad de las partes de contar con procedimiento flexible y eficaz; y, (iii) una traba menos para los árbitros de no tener dificultades de orden procesal al no aplicar un código complejo.

En conclusión, el estándar de la equidad no se debe mirar sólo respecto del laudo; debe aplicarse transversalmente en el procedimiento arbitral, y observando únicamente las normas de orden público, y aquello previsto por la LAM. De todas formas, es procedente analizar si el laudo sigue el mismo estándar de equidad.

3. La aplicación del derecho sustantivo en los laudos en equidad

Para analizar la aplicación del derecho sustantivo en el laudo, cabe pues, tomar postura respecto de la función del árbitro, porque será este el punto de partida que permita dilucidar si es posible la aplicación del derecho sustantivo al laudo en equidad o no.

Los árbitros ejercen una verdadera función jurisdiccional, es decir, administran justicia como lo hace un juez de la justicia ordinaria, con la única diferencia de que el origen de dicha potestad es contractual[38]. Con esto concuerda Caivano y lo expresa de la siguiente manera:

> No cabe duda que la administración de justicia es uno de los servicios que el Estado debe garantizar […] la obligación del Estado de velar por la mejor forma de administrar justicia no implica, necesariamente, que deba ejercerla por sí y con carácter monopólico […] en ciertos casos, **la obligación impuesta constitucionalmente se cumplirá de manera más efectiva permitiendo que en los particulares escojan el método que mejor atienda sus necesidades. […] Los árbitros revisten la calidad de verdaderos jueces**, en tanto su misión es esencialmente igual, emitiendo un laudo que no tiene diferencias sustanciales con la sentencia de un magistrado, al punto de ser consideradas en absoluto pie de igualdad con aquéllas al momento de su ejecución (énfasis añadido)[39].

En virtud de lo anteriormente expuesto, no queda duda que la función del árbitro es jurisdiccional en tanto administra verdadera justicia por el efecto que causa su decisión.

Dicha posición encuentra asidero jurídico en algunas disposiciones normativas en el ordenamiento jurídico nacional. El Código Orgánico de la Función Judicial define en su artículo 150 a la jurisdicción como aquella potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado[40]. Dicha potestad, en principio, la gozan los jueces de la justicia ordinaria y es por tal que sus decisiones se consideran títulos de ejecución conforme el artículo 363 del COGEP[41]. En la norma citada, el laudo arbitral goza también de ese carácter de título de ejecución y en tal virtud la sentencia de un juez y el laudo de un árbitro son observados como iguales, por lo cual no queda duda que los efectos jurídicos de una sentencia y laudo son los mismos de acuerdo con la legislación procesal ecuatoriana.

Ahora bien, una vez esclarecida la función del árbitro, no queda duda de que su función es de carácter público por lo cual será sujeta a ciertas regulaciones que emanen del interés público[42]. En tal sentido el actuar del árbitro, incluso el que resuelve en equidad, estará sometido a ciertos estándares que aseguren ciertos derechos constitucionales como el debido proceso y la defensa consagrados en el artículo 76 de la Constitución[43]. En consecuencia, no queda duda alguna de que estas garantías constitucionales deben ser observadas, incluso, en los laudos en equidad.

38 Por contractual se refiere al convenio arbitral. Se hace esta aclaración para evitar pensar que se hace referencia al contrato.
39 Caivano, Roque. *Arbitraje.* Buenos Aires: Editorial AD-HOC S.R.L., 2003, p. 98.
40 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 150. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.
41 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 363. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.
42 Si bien el arbitraje nace como un acuerdo entre privados donde rige la autonomía de la voluntad y es también un ejercicio del derecho constitucional que gozamos las personas de resolver nuestras controversias con métodos alternativos consagrado en el artículo 190 de la Constitución, existen límites que son de orden público, los cuales deben observados y respetados
43 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Respecto de la aplicación del derecho sustantivo en el laudo en equidad resulta de gran importancia una de las garantías del derecho a la defensa que se ubica en el numeral 7, inciso l) del artículo 76 de la Constitución[44], la motivación. Todo acto que emane de un poder público debe estar debidamente fundamentado y a tal efecto la Constitución prevé que para que exista motivación se deben enunciar las normas o principios jurídicos en que se fundamenta y explicar la pertinencia de su aplicación en función de los hechos. En tal aspecto, conviene ver el desarrollo que le ha dado la jurisprudencia. La Corte Constitucional del Ecuador (en adelante Corte Constitucional) ha desarrollado a través de sus resoluciones dicha garantía, expresando que:

> La motivación no se agota en la referencia a disposiciones jurídicas y antecedentes del caso, […] al contrario la motivación debe ser formulada a través de la correlación de las premisas relevantes para resolver un caso, dentro de la cual se observe un análisis intelectual efectuado por la autoridad judicial, lo cual deberá guardar relación con la conclusión final a la que se ha arribado[45].

Siguiendo esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado su propia jurisprudencia respecto de esta garantía al decir lo siguiente:

> La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. [... L]a motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. En efecto, la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes[46].

En consecuencia con lo expresado por la ley positiva y el desarrollo jurisprudencial, la motivación trasciende la mera aplicación de una norma, es el desarrollo intelectual que realiza el juzgador —en este caso un árbitro— tomando en cuenta los hechos con los argumentos expuestos, para que al concluir se pueda evidenciar lo lógico de su razonamiento y así las partes tengan conocimiento de cómo se llegó a dicha conclusión.

Como se ha anotado previamente, en el arbitraje en equidad, si bien se resuelve por el leal y buen saber del árbitro, eso no significa que su actuar carezca de regulación, por el contrario su razonamiento se espera sea de mayor calidad en comparación al arbitraje en derecho. Concuerda de esa manera Fernando de Trazegnies al expresar lo siguiente:

44 *Eiusdem*. Artículo 76, numeral 7, inciso l.

45 Corte Constitucional del Ecuador. *Gobierno Provincial del Guayas c. Hispana de Seguros S.A.* Sentencia, 15 de febrero de 2016.

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Sentencia, 21 de noviembre de 2007.

> Como toda sentencia que pone fin a una controversia, el laudo de consciencia tiene que estar basado en la razón y, por consiguiente, el razonamiento del árbitro debe ser riguroso. […] la equidad no es sentimiento sino una razón; y esa razón no se opone sino que complementa la razón jurídica. La única diferencia con el laudo de Derecho es que la racionalidad del arbitraje de consciencia excede, desborda, los canales estrictos de la ley positiva. […] Es importante que se explicite la forma en cómo se llegó a la conclusión: el razonamiento debe ser mostrado a las partes de la controversia[47].

Es evidente que la posición de la doctrina es plenamente coincidente con lo expuesto previamente: el árbitro debe motivar su decisión, porque en tanto ejerce una verdadera jurisdicción está sujeta, como estándar mínimo, a las garantías constitucionales, una de ellas la motivación y por tal su laudo debe cumplir con dicha exigencia.

Una vez resuelta la cuestión de la motivación del laudo, surge una nueva duda al respecto y es sobre si dicha motivación debe estar sustentada o no en normas sustantivas. En principio es importante tomar en cuenta lo dispuesto por el numeral segundo del artículo 3 de la LAM: "Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados"[48].

Se desprende claramente que la fundamentación del laudo en equidad será conforme al leal saber y atendiendo los principios de la sana crítica. Es claro que la motivación del árbitro en equidad difiere sustancialmente de la del árbitro en derecho por la naturaleza de su metodología, que Fernando de Trazegnies explica de la siguiente manera:

> En el arbitraje de derecho, el árbitro debe fundamentar dos cosas: su interpretación personal de la norma legal y la manera como entiende que los hechos del caso corresponden a la situación prevista por la norma. Pero no tiene que fundamentar ni defender la bondad o justicia de la norma positiva: basta citarla. La norma está ahí, nos guste o no nos guste.
> En el arbitraje de consciencia, dado que el árbitro hace intervenir además criterios que no están necesariamente contenidos en una ley positiva, **es preciso fundamentar también la bondad o la justicia de esos criterios**; lo que nos lleva a que sea esencial en el arbitraje de equidad que el laudo contenga incluso una suerte de metajustificación que no es necesaria en el arbitraje de Derecho (énfasis añadido)[49].

47 Trazegnies Granda, Fernando de. "Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Consciencia. Alcances y perspectivas de la nueva Ley General de Arbitraje". *Ius et Veritas* (1996), p. 45.
48 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 3. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.
49 Trazegnies Granda, Fernando de. "Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Consciencia. Alcances y perspectivas de la nueva Ley General de Arbitraje". *Óp. cit.,* p. 45.

Resulta evidente que la motivación que realizará el árbitro será fundada en leal y buen saber de su sana crítica, conforme lo que predetermina el artículo 3 de la LAM y lo descrito por la doctrina, por lo tanto, la motivación del laudo no se basará en normas sustantivas y si bien el árbitro tiene la posibilidad de citarlas o enunciarlas, lo principal de su laudo es la fundamentación de cómo su razonamiento expresa su buen leal y saber de tal manera que las partes puedan identificar ese desarrollo intelectual del árbitro.

4. ¿Existe motivación pese a carecer de normas sustantivas?

Analizada la aplicación del derecho sustantivo en el laudo en equidad, y concluyendo que la motivación en equidad no debería requerir inexorablemente la subsunción de normas sustantivas, queda analizar si es que los laudos cumplen el requisito constitucional de motivación recurriendo únicamente a razonamientos basados en equidad. Esta cuestión es trascendente para este estudio toda vez que ha sido una práctica extendida en el ejercicio procesal constitucional ecuatoriano el iniciar una acción extraordinaria de protección (en adelante AEP) en contra de laudos y sentencias de nulidad, por incurrir en vulneraciones al derecho a una resolución motivada. Si bien esta no es una situación generalizada respecto de los laudos en equidad, es importante analizar cómo debería ser el comportamiento del máximo tribunal constitucional, en caso de presentar una AEP contra laudos que no se den en derecho.

Para este efecto, se debe contrastar la naturaleza de la equidad del laudo dentro del proceso arbitral, a la luz del andamiaje constitucional. En este sentido, se revisará el principio de control constitucional sobre los laudos arbitrales al tenor literal de la norma constitucional que contiene la garantía de motivación; y, la posible aplicación del *test* de motivación establecido por la Corte Constitucional a los fallos en equidad.

4.1. Garantía de motivación en el arbitraje

La garantía de motivación se encuentra enunciada en la Constitución del 2008 en los siguientes términos:

> Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
> […]
> 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
> […]
> l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que

> se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados[50].

La primera discusión que aparece de la relación de esta norma constitucional con el ejercicio arbitral es su aplicabilidad. Sectores de la doctrina encuentran problemas al momento de integrar la justicia constitucional a los procesos arbitrales, particularmente en lo referente a la anulación de un laudo por violación de derechos constitucionales. Por ejemplo, el autor González de Cossío señala:

> Una violación a un derecho fundamental puede justificar anular o no ejecutar un laudo por actualización de la causal de orden público, pero no porque verse sobre un derecho fundamental, sino porque trastoca un principio elemental de justicia o moralidad[51].

Toda vez que el arbitraje es un proceso, constitucionalmente reconocido[52] y con un componente jurisdiccional como se vio anteriormente, no hay duda alguna de que es un proceso en el que se determinan derechos y obligaciones. Por lo mismo, se debe mirar las garantías básicas del debido proceso; y por supuesto, aquellas relacionadas con el derecho a la defensa. En este orden de ideas, un laudo arbitral debe ser susceptible de revisión mediante una garantía jurisdiccional respecto del aseguramiento de estos derechos. Sobre esto, la Corte Constitucional ha sostenido que [el laudo] debe ser impugnable mediante acción extraordinaria de protección cuando durante el proceso arbitral o en el laudo se han vulnerado derechos constitucionales o el debido proceso[53], y en consecuencia, el laudo es "constitucionalmente controlable"[54], en caso de existir una vulneración al derecho constitucional al debido proceso.

Ahora bien, particularmente sobre la garantía de motivación, recogida en la norma enunciada, es preciso mencionar que la vulneración de esta no es una causal de nulidad a tenor del artículo 31 de la LAM. En este sentido, al escaparse este reclamo de la vía ordinaria de control del laudo, le queda a la justicia constitucional revisarlo a través de la AEP. Así lo ha señalado la Corte Constitucional en su sentencia No. 155-12-SEP-CC, N. 27, donde determina justamente que la motivación es un ejemplo de un vicio no objeto de la acción de nulidad, que puede ser materia de impugnación ante la justicia constitucional por motivo de la violación de un derecho[55]. Además, al no proceder la acción

50 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 76, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

51 González de Cossío, Francisco. Procesos constitucionales y procesos arbitrales: ¿agua y aceite?" En *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* Nº 6, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (2014), p. 244.

52 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 76, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

53 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 1542-11-EP*. Sentencia, 9 de abril de 2014.

54 Muriel Bedoya, Camilo. "Control constitucional en el sistema arbitral ecuatoriano: ¿Garantismo o Intervencionismo?" En *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* Nº7, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (2015), p. 218.

55 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 155-12-SEP-CC, N. 27. Sentencia, 25 de junio de 2012.

de nulidad sobre la violación al derecho a un acto motivado, no se requiere el agotamiento de esta fase procesal para poder recurrir el laudo con una AEP, conforme determina el artículo 94 de la Constitución.

Dicha afirmación es corroborada por la sentencia No. 323-13-EP/19 de la Corte Constitucional donde aclara de manera expresa que previo a la interposición de una AEP cuando la fundamentación de la misma se enmarque en una de las causales para la acción de nulidad del artículo 31 de la LAM, se debe agotar este mecanismo. En otras palabras, si el supuesto derecho violado se encasilla en las causales de nulidad de laudos se debe agotar esa vía previo a activar la vía constitucional mediante una AEP[56]. Este pronunciamiento de la Corte Constitucional reafirma lo expuesto ya que la falta de motivación al no ser una de las causales previstas en el artículo 31 de la LAM, mal podría intentarse una acción de nulidad por una causal no prevista. En esa misma línea de pensamiento, la sentencia No. 31-14-EP/19 de la Corte Constitucional hace un pronunciamiento similar al determinar que es ineficaz la acción de nulidad cuando la violación no se enmarca de una de las causales del 31 de la LAM, y sobre el deber de motivación expone lo siguiente:

> El derecho al debido proceso en la garantía de la motivación jurídica impone a los jueces la obligación de expresar las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión, enunciando las normas o principios jurídicos en que se funda y explicando la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho[57].

Siendo clara entonces la posibilidad de control constitucional sobre la violación a la garantía de motivación, queda desentrañar la compatibilidad de esta, con la equidad en un arbitraje que se sustancie de esta forma. La norma constitucional citada determina que "serán nulas las resoluciones en las que no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho". Es preciso notar que el texto de la norma suprema distingue entre la enunciación de "normas" y "principios jurídicos". Esto parece ser un primer punto a favor de la perfecta armonía del laudo en equidad con la garantía de motivación.

Como se ha manifestado anteriormente, la equidad implica la no aplicación de la norma sustantiva, a favor de la equidad a consideración de un tribunal. Entonces, debe mirarse que la equidad es un principio jurídico fundamental en el sistema jurídico ecuatoriano, e inclusive, al adoptar la posición de Trazegnies cuando determina que "la equidad es la realización más verdadera, completa y equilibrada de la voluntad de las partes"[58], y que un laudo en equi-

56 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 323-13-EP/19. Sentencia, 19 de noviembre de 2019.
57 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19. Sentencia, 19 de noviembre de 2019.
58 Trazegnies Granda, Fernando de. "Arbitraje de Derecho y arbitraje de consciencia", *Óp. cit.,* p. 119.

dad "tiene que ser más fundamentado que uno en Derecho"[59], se encuentra que el laudo en equidad por supuesto que se basa en un principio jurídico fundamental como lo es el respeto a la voluntad de las partes en una relación contractual, pilar fundamental del derecho privado e inclusive, un dimanante del derecho constitucional a la libertad de contratación. Ahora bien, la Corte Constitucional ha ampliado el alcance del derecho constitucional a tener una resolución motivada, estableciendo *test* de aplicabilidad de esta garantía. A continuación, se analiza la compatibilidad de estos razonamientos, con los laudos en equidad.

4.2. Test de motivación aplicado al laudo en equidad

Revistiendo la garantía de motivación tal importancia en el andamiaje garantista que ofrece la Constitución del 2008, la Corte Constitucional no ha dejado pasar la oportunidad de dar un contenido a esta característica que deben tener los poderes públicos. En esta tarea, fue la Corte Constitucional para el periodo de transición en los casos acumulados 0023-09-EP, 0024-09-EP, y 0025-09-EP, la que sentó un primigenio precedente para la unificación de un estándar de aplicación de la garantía de motivación. En este caso, la Corte manifiesta:

> Una de las tareas primordiales de fundamentar toda sentencia o acto administrativo es la de proporcionar un razonamiento lógico y, de cómo las normas y entidades normativas del ordenamiento jurídico encajan en las expectativas de solucionar los problemas o conflictos presentados, conformando de esta forma un derecho inherente al debido proceso, por el cual el Estado pone a disposición de la sociedad las razones de su decisión[60].

Este estándar supone dos elementos fundamentales: (i) proporcionar un razonamiento lógico; y, (ii) de cómo las normas y entidades normativas encajan en las expectativas de solucionar los problemas presentados. Sobre el primer supuesto, se entiende como la aplicación de la subsunción ordenada de las normas a los hechos. Respecto del segundo postulado, hay que notar que la Corte distingue las «normas» de las «entidades normativas». La Corte no profundiza sobre las razones de esta distinción, ni da un contenido a cada una de estas categorías. Es importante considerar que con «norma», la Corte refiere a una regla de conducta cuyo fin es el cumplimiento de un principio legal[61], lo que a su vez lleva a pensar en las normas sustantivas. Ahora, sobre las «entidades normativas», estas deben entenderse como las distintas realidades y expresiones reconocidas en la normativa, que puedan ser utilizadas para so-

59 *Id.*, p. 122.

60 Corte Constitucional para el período de transición, Sentencia N° 025-09-SEP-CC, casos 0023-09-EP, 0024-09-EP y 0025-09-EP. Sentencia, 20 de octubre de 2009.

61 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p. 257.

lucionar problemas jurídicos. Para aseverar esto, el fundamento se encuentra en la distinción que realiza el propio texto constitucional entre «norma» y «principios jurídicos», explicada anteriormente.

La resolución de una cuestión jurídica, no se basa únicamente en la aplicación de normas que integran el ordenamiento jurídico, sino también en el criterio del juzgador para este ejercicio de subsunción, mediante los principios jurídicos. En el antedicho fallo, el juez constitucional se refirió a estos postulados, que parten del fuero interno del juzgador (en este caso, del árbitro), entendidos como realidades y expresiones dimanantes de la normativa.

En este orden de ideas, un laudo en equidad, dado bajo las premisas y consideraciones que el árbitro considere en un análisis de justicia y realización de la voluntad de las partes, puede calificar como basado en una entidad normativa toda vez que el razonamiento en equidad es una realidad que se desprende natural y lógicamente de la propia LAM, en su artículo 3 y de principios constitucionalmente reconocidos, como el derecho a la libre contratación, y realización de justicia. En conclusión, se encuentra que la aplicación de la equidad cumple con este estándar de motivación propuesto por la Corte.

Posteriormente a este *test* propuesto por la Corte Constitucional en el 2009, el mismo órgano amplió su estándar en el 2012. En el fallo respecto del caso Nº 1212-11-EP del 21 de junio del 2012, la Corte señaló:

> Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social[62].

Sin dudas, este estándar es más amplio y recoge acertadamente el alcance de lo que debe entenderse por razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Antes de analizar estos elementos, vale analizar brevemente la primera premisa del *test* expuesto: "la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla". En esta proposición, «Derecho» debe ser entendido como el orden que integra el contenido de las normas como preceptos obligatorios[63], y no como una mera referencia al derecho objetivo, como un conjunto de leyes. Así las cosas, la equidad, toda vez que es parte del

62 Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, sentencia N. ª 227-12-SEP-CC, Caso N.º 1212-11-EP. Sentencia, 7 de febrero de 2013.

63 *Eiusdem*.

contenido de una norma (artículo 3 de la LAM), es una de las razones que el derecho ofrece al juzgador, en este caso particular al árbitro, para resolver una determinada cuestión.

Ahora bien, respecto de la razonabilidad de la decisión, ha dicho la Corte que esta tiene que ver con la fundamentación de los principios constitucionales. Como se ha visto anteriormente, el fallo en equidad encuentra sus límites en las normas de orden público, justamente en lo que la Constitución manda sobre el debido proceso. El artículo 75 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad[64]. Mientras el proceso arbitral en equidad, y el respectivo laudo se ajuste a estos principios constitucionales, no hay razón para decir que no cumple el requisito de razonabilidad, en los términos que ha establecido el máximo órgano de interpretación constitucional. Hay que mencionar también, como se ha explicado anteriormente, que la equidad no implica alejarse de los criterios del Derecho, sino ampliarlos[65]. Inclusive, significa basarse en la ética y la justicia[66]. En este sentido, no puede alegarse que un fallo en equidad se aleje de un principio de razonabilidad.

En el fallo citado, la Corte establece que la lógica implica una coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. No se encuentra mayor problema con este elemento del *test* propuesto, pues no hay especificación alguna de que estas premisas sean eminentemente normativas, o dimanantes de provisiones de derecho positivo. En otras palabras, bien podría ser una de estas premisas un postulado basado en principios de justicia, conforme una resolución en equidad, y mientras esta se adecúe de una forma coherente con los hechos del caso, se habrá cumplido el presupuesto de lógica. Se desprende entonces, que el árbitro en equidad necesariamente debe fundamentar su decisión en un postulado o razonamiento basado justamente en lo que considere equitativo respecto del caso en cuestión. No podría el tribunal arbitral omitir la exposición de este tipo de razones que lo llevaron a tal conclusión, o a una decisión final. En este supuesto, se incumpliría este requisito dentro de la motivación.

Finalmente, se dice que la decisión debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización. Este requisito de motivación tampoco reviste problemas, toda vez que la claridad en lenguaje no implica recurrir necesariamente a normas positivas. Mientras que las proposiciones basadas en equidad utilizadas para resolver la cuestión jurídica se encuentren en un lenguaje comprensible, claro y diáfano, no hay motivo para decir que se ha incurrido en falta de

64 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 75, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
65 Trazegnies Granda, Fernando de. "Arbitraje de Derecho y arbitraje de consciencia". *Óp. cit.,* p. 120.
66 Martínez González, Pedro. *El nuevo régimen del arbitraje*. *Óp. cit.,* p. 43.

motivación. Junto con este análisis, se nota la intención del juez constitucional de someter a la resolución del poder público respectivo, a la "fiscalización del gran auditorio social". Esta premisa debe ser también una guía para el árbitro en equidad, y motivarlo a ofrecer un laudo en extremo comprensible y lógico, pues está supuesto al escrutinio público, y puede ser objeto de una AEP por incumplir justamente la garantía motivacional.

En conclusión, el laudo en equidad es perfectamente compatible con la obligación constitucional de motivar las resoluciones de los poderes públicos. La norma constitucional referente a la motivación contiene provisiones que pueden ser efectivamente cumplidas por una decisión arbitral basada únicamente en la equidad, como una forma de extender los principios del derecho. Asimismo, mientras el laudo en equidad goce de razonabilidad, lógica, y comprensibilidad, habrá cumplido con el estándar impuesto por la Corte Constitucional, para cumplir con la garantía de motivación.

5. Conclusiones

El problema jurídico planteado, respecto de la constitucionalidad del arbitraje en equidad llevó a analizar la naturaleza misma de lo que implica laudar en equidad. La añosa discusión sobre la naturaleza del laudo en equidad ataca directamente a los principios fundacionales del arbitraje. A lo largo de este trabajo, se han analizado las implicaciones que conlleva la equidad en relación con principios como los de separabilidad, *kompetenz-kompetenz* y *favor arbitralis*, así como con la declaratoria de competencia del tribunal y su valoración de la prueba. Se discutió también sobre la aplicabilidad del laudo a la totalidad del proceso arbitral, o únicamente al laudo y se concluyó que el estándar de equidad debe mirarse de forma transversal a todo el proceso, precautelando únicamente preservar el orden público, y lo dispuesto por la LAM.

Una vez que quedó claro el alcance de la equidad dentro del proceso arbitral, y la necesidad de una limitación a su ejercicio, se analizó la obligación de motivación partiendo de la premisa de que el árbitro ejerce efectivamente funciones jurisdiccionales de carácter público. En este orden de ideas, no cabría duda de la obligación que tiene el árbitro de motivar sus laudos, aun en equidad.

Finalmente, se determinó que las normas sustantivas no son necesario requisito para cumplir con la motivación, se observó de qué forma la equidad se integra con el sistema de motivación establecido por la Corte Constitucional. Mientras el laudo en equidad, como culminación de todo el proceso arbitral, cumpla los estándares de razonabilidad, lógica y comprensibilidad durante la exposición del «leal saber y entender» del árbitro, se cumple con la garantía

constitucional. Más aun, hay que recordar que la equidad no implica alejarse de lo que dispone el derecho, sino darle un alcance particular en el caso concreto, atendiendo la voluntad de las partes. Así, mientras sean claras las razones que llevaron a un tribunal de laudar de tal o cual manera, la justicia constitucional debe abstenerse de declarar incumplida la garantía en cuestión. Es importante que esta tendencia constituya un fundamento favorable al arbitraje, permitiendo su plena armonía con el sistema constitucional vigente, y evitando obstáculos que lleven a esta institución tan importante, a perder la eficacia que se busca.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La taxatividad de las causales de anulación de un laudo arbitral: análisis de la jurisprudencia ecuatoriana reciente

The Specificity of the Grounds for Annulment of an Arbitration Award: Analysis of Recent Ecuadorian Case Law

Paola Gaibor Arteaga*
Gabriela del Salto Ubidia**

Recibido / Received: 1/03/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1744

Citación:
Gaibor Arteaga, P., y G. Del Salto Ubidia. «La taxatividad de las causales de anulación de un laudo arbitral: análisis de la jurisprudencia ecuatoriana reciente». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 137-155, doi:10.18272/ulr.v7i1.1744.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: paolagaibor@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-5188-0875

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: g.del.salto.ubidia@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-8095-6875

Resumen

La acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales surge en el Ecuador como mecanismo de control judicial al arbitraje al ser este un método alternativo de resolución de controversias con potestades jurisdiccionales. Ante interpretaciones amplias de las causales existentes de la acción de nulidad previstas en la Ley de Arbitraje y Mediación, la Corte Constitucional emitió en el 2019 dos sentencias que limitan la aplicación de las causales, ratificando la taxatividad de las mismas. Por esta razón, el presente artículo busca realizar un análisis del régimen jurídico de la acción de nulidad en el Ecuador y establecer si las causales deberían ser taxativas o no. En este sentido, en primer lugar, se expondrá la acción de nulidad y su rol en el arbitraje. A continuación, se analizarán diversas decisiones que reflejan la interpretación, el alcance y la aplicación de las causales de anulación. Una vez establecidas las diversas posiciones que ha tomado la jurisprudencia ecuatoriana, se ratificará la taxatividad de las causales de anulación de laudos al ser una característica intrínseca de la excepcionalidad de dicha acción. Finalmente, se pondrán en consideración causales no previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pero que deben ser tomadas en cuenta por el rol del Estado a nivel internacional.

Palabras Clave

Arbitraje; laudos arbitrales; acción de nulidad; causales de nulidad; taxatividad; ley de Arbitraje y Mediación; Corte Provincial de Justicia; Corte Constitucional

Abstract

The annulment of arbitral awards is an action that arose in Ecuador as the judicial control mechanism of the State towards arbitration, since this institution is an alternative method of dispute resolution with jurisdictional power. Considering the broad interpretation concerning the grounds for the invalidity action, the Ecuadorian Constitutional Court issued in 2019 two judgements that limit the application of the grounds to the specificity of what is expressly established in the rule. For this reason, this article seeks to carry out an analysis of the legal regime of the invalidity action in Ecuador, as well as determining if the catalogue of clauses is limited. In this regard, firstly, the invalidity action and its role in the arbitration will be explained. Next, various decisions reflecting the interpretation, scope and application of the grounds for annulment will be discussed. Once the various positions taken by Ecuadorian jurisprudence have been established, the taxonomy of the causes of annulment of awards will be ratified, as it is an intrinsic characteristic of the exceptionality of such action. Finally, we will consider causes not foreseen in the Ecuadorian legal system, which nevertheless must be considered by the role of the State at the international level.

Keywords
Arbitration; arbitral awards; invalidity action; annulment; grounds for annulment; specificity of the rule; law of Arbitration and Mediation; Provincial Court of Justice; Constitutional Court

1. Introducción

En la actualidad, el arbitraje es el principal método alternativo de resolución de disputas en el ámbito de los negocios internacionales[1]. Asimismo, esta institución ha sido ampliamente reconocida[2] y cada vez más utilizada a nivel nacional[3]. Sin lugar a duda esto se debe a la agilidad del mecanismo, la especialidad de los árbitros y el carácter de única instancia, así como el carácter de cosa juzgada de los laudos arbitrales[4]. Por estas razones, las partes optan por someterse a arbitraje inhibiendo del conocimiento de la controversia a las cortes estatales en uso de su libertad contractual[5].

A pesar de dicha exclusión, el arbitraje no es completamente autónomo frente a la justicia ordinaria: su validez y eficacia dependen de la asistencia suministrada por los jueces estatales a los tribunales arbitrales[6]. Debido a esta cooperación y auxilio brindado por el Estado para ejecutar forzosamente los laudos arbitrales, es lógico que este se reserve la atribución de revisar que lo decidido reúna las condiciones mínimas indispensables para merecer su protección legal[7].

En este sentido, existe una delicada línea entre el arbitraje y el control judicial, dado que por un lado, el primero busca desarrollarse con la mayor autonomía posible y, por otro lado, el control estatal busca asegurar el cumplimiento y la observancia de los preceptos legales, tanto en el procedimiento arbitral, como en el laudo[8]. Para que exista un equilibrio entre ambos debe establecerse de forma clara y expresa el alcance del control judicial de los laudos en las legislaciones para evitar extremos indeseables.

En el Ecuador, el ejercicio del control judicial del arbitraje se realiza por medio de la acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales[9]. Al ser la acción de nulidad la manifestación del control del Poder Judicial, debe establecerse si

1 Talero Rueda, Santiago. "Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales". *Lima Arbitration* N° 3 (2008 / 2009), p. 1.
2 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
3 Salgado Levy, Claudia. "Presentación del dossier. Los retos actuales del arbitraje". *Iuris Dictio* N° 22 (2018), pp. 15-17.
4 Talero Rueda, Santiago. "Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales". *Lima Arbitration* N° 3 (2008 / 2009), p. 1.
5 Caivano, Roque J. *Control Judicial en el Arbitraje*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011, pp. 98-99.
6 *Id.*, p. 106.
7 *Ibíd.*
8 Caivano, Roque J. "Recursos en el arbitraje". *Revista de Derecho Procesal* No. 2 (1999), pp. 271-352.
9 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 31. Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997.

esta procede únicamente por las circunstancias que se encuentran tasadas en la Ley de Arbitraje y Mediación. Esto dado que la jurisprudencia se encuentra dividida a este respecto. Por un lado, en varias ocasiones las cortes han interpretado de forma extensiva e incluso han ampliado las causales previstas. Por otra parte, otras decisiones judiciales han considerado a las causales de nulidad como taxativas.

En este sentido, el objetivo del presente artículo es establecer cuál debería ser el carácter de las causales de nulidad de laudos en la legislación ecuatoriana, en cuanto a si estas son taxativas o ejemplificativas. Con este fin, en primer lugar se realizará un análisis general de la acción de nulidad prevista en la Ley de Arbitraje y Mediación. En segundo lugar se examinará el alcance amplio y extensivo de las causales de anulación del laudo propuesto, por un lado por la Corte Provincial de Justicia en varias decisiones y la Corte Constitucional en la Sentencia No. 302-15-SEP-CC emitida en 2015. Por último, dicha Sentencia se contrapondrá con las Sentencias No. 323-13-EP/19 y 31-14-EP/19 emitidas en 2019 por la actual Corte Constitucional, en las cuales se establece que las causales de nulidad son de carácter taxativo.

Fruto de dichos análisis, se definirá que efectivamente las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano son de carácter taxativo. Con esto en mente, finalmente se expondrá el caso de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Esto, con el fin de abrir paso a un análisis de las causales de nulidad que se incorporan al ordenamiento jurídico ecuatoriano considerando las implicaciones derivadas de las últimas decisiones de la Corte Constitucional.

2. Acción de nulidad y arbitraje

El arbitraje se encuentra reconocido como un método alternativo de resolución de conflictos en la Constitución de la República[10]. Esta institución se sujeta al control judicial del Estado, como consecuencia necesaria de su naturaleza jurisdiccional[11]. Según Cremades, el que el laudo sea equivalente a la sentencia judicial, hace que sea necesaria la función de control que el Poder Judicial ejerce en relación a las decisiones de los árbitros[12]. Por esta razón en la mayoría de legislaciones se reconoce "la existencia de al menos una instancia de control de laudos arbitrales"[13]. De esta manera, el recurso o la acción de nulidad es, sin duda, la manifestación irrefutable del ejercicio de control del arbitraje por parte del juez[14].

10 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 190.
11 Caivano, Roque J. *Control Judicial del Arbitraje*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011, pp. 104-105.
12 Cremades, Bernardo M. "El arbitraje en la doctrina constitucional española". *Revista Internacional de Arbitraje* No. 6 (2007), p. 13; Caivano, Roque J. *Control Judicial del Arbitraje*. *Óp. cit.,* p. 105.
13 Caivano, Roque J. *Control Judicial del Arbitraje*. *Óp. cit.,* p. 107.
14 Fernández Pérez, Ana. *El Arbitraje entre la Autonomía de la Voluntad de las Partes y el Control Judicial*. Barcelona: J.B. Bosh

La acción de nulidad pretende privar de efectos a un laudo arbitral mediante el inicio de un proceso judicial de carácter impugnatorio que necesariamente debe fundamentarse en los motivos tasados en la ley[15]. Este medio de impugnación es

> característico y específico del juicio arbitral, existente en la generalidad de legislaciones y constituyendo una figura sui generis fundamentalmente distinto de las impugnaciones del proceso ordinario. […] Tal acción de nulidad provoca un juicio de control a posteriori sobre la existencia de los presupuestos y de los caracteres funcionales y formales que la ley exige para la eficacia y validez de los procedimientos y de las decisiones arbitrales[16].

En este sentido, la Corte Provincial de Justicia ha definido a la acción de nulidad como una "acción extraordinaria y limitada por decisión del legislador que ha sido concebida como un mecanismo de control judicial al procedimiento arbitral"[17]. No obstante, dicha Corte hace hincapié en que esta acción no ha sido instaurada "como una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo"[18].

La acción de nulidad, entonces, tiene por objeto invalidar las decisiones arbitrales cuando se verifican errores *in procedendo*, tanto en el procedimiento, como en el laudo arbitral. El ejercicio de esta acción se encuentra limitado por las causales previstas en la legislación, dado que "no es posible declarar la nulidad de un laudo si no media real y efectivamente una causa legal que así lo autorice"[19].

En el Ecuador, con la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM) publicada en el año 1997, se incorporó por primera vez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la acción de nulidad en contra de laudos arbitrales. La LAM prescribe dicha acción en el artículo 31 estableciendo cinco causales de anulación[20]. La interpretación, el alcance y la aplicación de las causales de anulación de laudos ha sido controversial en la jurisprudencia ecuatoriana, por esta razón, se analizarán las diferentes posturas que se han presentado hasta el momento.

Editor, 2017, p. 109.

15 Ripol, Ignacio. *La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del artículo 45 LA*. Barcelona: J.B.Bosch Editor, 2013, p. 85.

16 Alsina, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo VII. Buenos Aires: Ediar, 1965, p. 87.

17 Corte Provincial de Justicia. *Causa No. 17100-2014-0043*. Sentencia, 14 de agosto de 2014; Corte Provincial de Justicia. *Causa No. 17100-2014-0038*. Sentencia, 17 de noviembre de 2014; Corte Provincial de Justicia. *Causa No. 17100-2013-000081*. Sentencia, 17 de diciembre de 2014.

18 *Ibíd*.

19 Caivano, Roque J. *Control Judicial del Arbitraje*. *Óp. cit.,* p. 197.

20 Ley de Arbitraje y Mediación. *Eiusdem*. Artículo 31.

3. Interpretación extensiva y ampliación de las causales de nulidad

Por mucho tiempo la jurisprudencia ecuatoriana interpretó de forma extensiva las causales de anulación de laudos arbitrales en el Ecuador. Incluso, la anterior Corte Constitucional en la Sentencia No. 302-15-SEP-CC amplió el catálogo de causales al establecer que las Cortes, "a través de la labor interpretativa teleológica y sistemática del ordenamiento jurídico"[21], deben reconocer que se incluyen y vinculan otras causales no contempladas en el artículo 31 de la LAM. A continuación, en la presente sección se realizará un análisis de los pronunciamientos de las Cortes Provinciales de Justicia, así como de la Corte Constitucional.

3.1. Pronunciamientos de las Cortes Provinciales de Justicia

El artículo 31 de la LAM prescribe cinco causales de anulación de laudos arbitrales. La LAM establece que cualquiera de las partes podrá interponer la acción de nulidad del laudo cuando:

> a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;
> b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;
> c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;
> d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,
> e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral[22].

Al respecto la Corte Provincial, en varias sentencias, estableció el alcance de las causales de anulación del laudo previstas en el artículo señalado. En primer lugar, como se mencionó, la primera causal de anulación prevista es que "no se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía"[23]. Según la Corte, este apartado alcanza vulneraciones de: (i) la garantía al debido proceso, específicamente la indefensión, reconocido en la

21 Corte Constitucional. *Sentencia Interpretativa 302-15-SEP-CC*. Sentencia, 4 de abril de 2016.
22 *Eiusdem.*
23 Ley de Arbitraje y Mediación. *Eiusdem*. Artículo 31.

Constitución en los artículos 75 y 76, numeral 7, literal a); y (ii) la finalidad garantista de aplicación de normas procesales, tipificado en el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial[24].

La segunda causal del artículo 31 de la LAM manifiesta que se acepta la nulidad cuando "no se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte"[25]. En este caso, la Corte Provincial ha manifestado que esta causal alcanza a: (i) el derecho a la defensa en dos momentos, al no haberse cumplido con un correcto proceso de citación, y al limitar su derecho de contradicción por no haberse defendido; (ii) ciertos derechos patrimoniales que pudieron darse como consecuencia de los actos procesales de los que no fue parte[26].

Por otro lado, la tercera causal señalada en el artículo 31 de la LAM prevé la nulidad del laudo "cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse"[27]. La Corte Provincial, en diferentes decisiones, determinó que esta causal implica la vulneración de la seguridad jurídica que se contemplaba tanto en el artículo 82 de la Constitución de la República, como en el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial[28].

De igual manera, la Corte establece el alcance de la causal prescrita en el literal d) del artículo 31 de la LAM, la cual establece que será anulable "el laudo que se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado"[29]. Al respecto, existen sentencias que manifiestan que la violación de lo previsto en la causal acarrea la vulneración a: (i) la garantía al debido proceso, específicamente, la motivación que está contemplada en el artículo 76, numeral 7 literal 1 de la Constitución de la República; (ii) el principio dispositivo por la falta de motivación, prescrito en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial; (iii) la transigibilidad de la materia arbitrable que se encuentra prevista en el artículo 190 de la Constitución de la República; y (iv) el principio de inmediación, tipificado en la misma norma, en el artículo 169[30].

---

24 Corte Provincial de Pichincha. Presidencia de la Corte Provincial. *Causa No. 87-2012*. Sentencia, 30 de abril de 2013; Corte Provincial de Pichincha. Presidencia de la Corte Provincial. *Causa No. 14-2008-BL*. Sentencia, 2 de mayo de 2013; Corte Provincial de Justicia. Presidencia de la Corte Provincial. *Causa No. 84-2012*. Sentencia, 26 de julio de 2013.

25 Ley de Arbitraje y Mediación. *Eiusdem*. Artículo 31.

26 Corte Provincial de Pichincha. Presidencia de la Corte Provincial. *Causa No. 17100-2013-0116*. Sentencia, 5 de junio de 2015.

27 Ley de Arbitraje y Mediación. *Eiusdem*. Artículo 31.

28 Corte Provincial de Pichincha. *Causa No. 87-2012*. Sentencia, 30 de abril de 2013; Corte Provincial de Pichincha. *Causa No. 14-2008-BL*. Sentencia, 2 de mayo de 2013; Corte Provincial de Justicia. *Causa No. 84-2012*. Sentencia, 26 de julio de 2013.

29 Ley de Arbitraje y Mediación. *Eiusdem*. Artículo 31.

30 Corte Provincial de Pichincha. *Causa No. 87-2012*. Sentencia, 30 de abril de 2013; Corte Provincial de Pichincha. *Causa No. 14-2008-BL*. Sentencia, 2 de mayo de 2013; Corte Provincial de Justicia. *Causa No. 84-2012*. Sentencia, 26 de julio de 2013.

Por último, el literal e) del artículo 31 de la LAM prevé la acción de nulidad "cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral"[31]. Según la Corte, el irrespeto a dichos procedimientos deviene en la violación de: (i) la garantía al debido proceso del juez natural, que está tipificada en el artículo 76, numeral 3, literal k de la Constitución de la República[32]; (ii) el principio de juridicidad establecido en la misma norma en el artículo 172; (iii) el principio de configuración legal de la jurisdicción de competencia, contemplado en el artículo 178 de la Constitución de la República[33].

Como se puede evidenciar en lo descrito anteriormente, la Corte Provincial ha utilizado a la acción de anulación de laudos como una acción constitucional, al realizar un análisis de los derechos constitucionales vulnerados cuando se interpone una acción de nulidad. De esta manera, con el fin de precautelar los derechos constitucionales de las partes, la Corte ha interpretado las causales de anulación de laudos de forma extensiva y ha ampliado su espectro de aplicación a situaciones no previstas en la norma.

A nuestro parecer, esta interpretación es errónea, ya que consideramos que existen otros mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para revisar supuestas vulneraciones a derechos constitucionales, como será analizado más adelante. En este sentido, si acogemos el razonamiento expuesto por la Corte Provincial, la revisión del laudo se haría de forma indiscriminada y por medio de varios mecanismos exponiendo a las partes de un procedimiento arbitral a un escrutinio judicial que en un principio accedieron evitar.

Con el fin de aterrizar el análisis, se expondrá la Sentencia Interpretativa No. 302-15-SEP-CC de la anterior Corte Constitucional, la cual ratificó la práctica de interpretación extensiva y ampliación de las causales de nulidad previstas en el artículo 31 de la LAM.

3.2. Sentencia No. 302-15-SEP-CC de la Corte Constitucional

La anterior Corte Constitucional en la Sentencia 302-15-SEP-CC ratificó la posibilidad de ampliación de las causales de anulación de laudos. En dicha sentencia se abrió paso a que se anulen laudos por (i) falta de juez competente y (ii) falta de motivación del laudo, a pesar de no estar contempladas como

31 Ley de Arbitraje y Mediación. *Eiusdem*. Artículo 31.
32 Corte Provincial de Justicia. *Causa No. 84-2012*. Sentencia, 26 de junio de 2013.
33 Corte Provincial de Pichincha. *Causa No. 87-2012*. Sentencia, 30 de abril de 2013; Corte Provincial de Pichincha. *Causa No. 14-2008-BL*. Sentencia, 2 de mayo de 2013; Corte Provincial de Justicia. *Causa No. 84-2012*. Sentencia, 26 de julio de 2013.

causales de anulación. Como fundamento se estableció que "el operador de justicia jamás puede someter a la literalidad las causales del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, sin serias reflexiones en el bloque normativo referido"[34].

En primer lugar, respecto a la falta de juez competente, la Corte analizó que, la Constitución de la República del Ecuador garantiza que:

> En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
> Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto[35].

En consecuencia, la Corte, con el fin de garantizar el derecho al debido proceso, estableció que la primera obligación constitucional y legal de los jueces y árbitros es determinar su competencia[36]. En caso de no ser considerada la falta de juez competente como una causal para anular un laudo, se dejaría en indefensión a la parte[37]. Por esta razón, la Corte resolvió que se podía interponer una acción de nulidad por falta de juez competente con base en las garantías establecidas en la Constitución[38], a pesar de no estar expresamente establecida como causal de nulidad de un laudo en la LAM.

En segundo lugar, respecto a la anulación del laudo por falta de motivación, la Corte Constitucional hizo hincapié en el Artículo 76 de la Constitución, el cual prescribe que:

> Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados[39].

Con base en esta garantía, la Corte estableció que los jueces de nulidad "a través de la labor interpretativa teleológica y sistemática del ordenamiento jurídico ecuatoriano"[40] no pueden negar el enlace que existe entre la nulidad y otras realidades jurídicas consagradas en el bloque de normas, como es en este caso la falta de motivación. Por tanto, al ser la República del Ecuador un

34 *Ibíd.*
35 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 76.
36 Corte Constitucional. *Sentencia Interpretativa 302-15-SEP-CC*. Sentencia, 4 de abril de 2016.
37 *Ibíd.*
38 *Ibíd.*
39 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 76.
40 Corte Constitucional. *Sentencia Interpretativa 302-15-SEP-CC*. Sentencia, 4 de abril de 2016.

Estado constitucional de derechos y justicia se "cambia la visión de la primacía absoluta de la ley, la concepción y declaración de derechos y garantías, pues ahora las leyes, reglamentos u ordenanzas solo son válidos en el ámbito de los derechos constitucionales"[41]. En este contexto, la Corte Constitucional incluso estableció en dicha sentencia que la Corte Provincial debe revisar de oficio si existió juez competente y debida motivación en los laudos arbitrales siempre que conozca una acción de nulidad[42].

Además de abrir paso a la anulación del laudo por las situaciones mencionadas anteriormente, la Corte ratificó que no existe un catálogo cerrado de causales de anulación de laudos. Según la Corte:

> No se puede negar el enlace que existe [entre las causales de nulidad previstas] con otras realidades jurídicas afines que destaca la noción de bloque de normas, entendido este como un conjunto de reglas que se integran por los demás preceptos jurídicos que extiende su conceptualización, sumando otras [causales], no contenidas en el texto inicial del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, justamente para entender que la temática relacionada a la nulidad no se agota únicamente en una determinada disposición legal sino a través de la labor interpretativa teleológica y sistemática del ordenamiento jurídico se incluyen y vinculan otras[43].

De la sentencia de la Corte se deben analizar los siguientes puntos tratados. La anterior Corte Constitucional consideró que las causales de nulidad contempladas en el artículo 31 de la LAM no eran taxativas porque: (i) al ser el Ecuador un estado constitucional de derechos, los derechos constitucionales se encuentra por encima de la ley y, por tanto, no existe primacía de la ley; (ii) al realizar una labor interpretativa teleológica y sistemática del ordenamiento jurídico se incluyen y vinculan otras causales no contempladas; y (iii) considerar que las causales son taxativas dejaría en indefensión al accionante.

La ampliación de las causales de nulidad, a nuestro criterio, transgrede una de las principales características de la acción de nulidad y representa incluso un abuso de dicha figura. A nivel doctrinario, es claro que la acción de nulidad "posee un carácter excepcional pudiendo utilizarse únicamente bajo ciertas causales que actúan como *numerus clausus*, no debiendo considerarse, por lo tanto, como un obstáculo al arbitraje"[44]. Como se estableció en la introducción, la acción de nulidad es la representación del control judicial del Estado sobre el arbitraje. Al ser así, esta debe encontrarse claramente delimitada con el fin de, por un lado prevenir abusos por parte del Estado y, por otro, precautelar la naturaleza del arbitraje como una institución autónoma, eficaz y final reconocida en la Constitución de la República.

41 *Ibíd.*
42 *Ibíd.*
43 *Ibíd.*
44 Fernández Pérez, Ana. *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial.* Barcelona: J.B.Bosch Editor, 2017.

Asimismo, se debe velar por el acuerdo de las partes, quienes, al haber acudido a dicha institución para la resolución de su disputa, actuaron en uso de la autonomía de la libertad prevista en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esto considerando que, si no se detalla de forma específica las razones por las cuales se podrá interponer dicha acción, "las partes se encontrarían envueltas en penosos y dilatados trámites de impugnación que con el acuerdo arbitral apuntaron precisamente a eliminar"[45].

Por otra parte, el que el Ecuador en el artículo 1 de la Constitución de la República se defina como un "Estado constitucional de derechos y de justicia"[46] no implica que este haya dejado de ser un Estado de Derecho[47]. En este sentido, el que actualmente los derechos constitucionales sean el centro de todo el ordenamiento jurídico no significa que deban inobservase los mecanismos que la ley prevé.

La interpretación de la Corte implicaría que en el caso que cualquier derecho o garantía establecido, ya sea en la Constitución de la República o en el bloque de normas, se vea vulnerado por un laudo arbitral, el mecanismo idóneo para que las Cortes lo conozcan sería la acción de nulidad. Esto es, a nuestro parecer, erróneo. La Constitución de la República prevé la acción extraordinaria de protección como el mecanismo a través del cual se hacen efectivos los derechos constitucionales cuando "sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia"[48] violan por acción u omisión derechos constitucionales[49]. La LAM establece que los laudos arbitrales "tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada"[50], por lo tanto, esta garantía jurisdiccional es aplicable a los laudos arbitrales.

En consecuencia, si se considera que las causales de anulación del laudo son taxativas, no existe indefensión en caso de vulneración de derechos constitucionales, dado que se ha establecido una vía idónea para salvaguardar dichas vulneraciones, la acción extraordinaria de protección. Como consecuencia, al existir un mecanismo óptimo, el utilizar la acción de nulidad indiscriminadamente por vulneración de derechos constitucionales implica: (i) un abuso de dicha figura, dado que, sus causales se encuentran tasadas en el artículo 31 de la LAM y (ii) una obsoletización de la figura de la acción extraordinaria de protección al no surtir todos los efectos que el constituyente previó.

En nuestra opinión, es correcto que la Corte haya considerado que se deben analizar cuestiones relativas a la competencia del juez y a la motivación del

45 Cantuarias Salaverry, Fernando. *El arbitraje en el Perú*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994.
46 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 1.
47 Muriel Bedoya, Camilo. "Control constitucional en el sistema arbitral ecuatoriano: ¿Garantismo o Intervencionismo?" *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7 (2015), p. 205.
48 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 437.
49 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 94.
50 Ley de Arbitraje y Mediación. *Eiusdem*. Artículo 32.

laudo, sin embargo, por lo expuesto, es claro que no se debe realizar a través de la acción de nulidad. En este sentido, con una visión afín a la expuesta anteriormente, a finales del 2019 la actual Corte Constitucional expidió las Sentencias No. 323-13-EP/19 y 31-14-EP/19 en las cuales se apartó del pronunciamiento de la Sentencia No. 302-15-SEP-CC estableciendo la taxatividad de las causales por razones que serán expuestas a continuación.

4. Taxatividad de las causales de nulidad: Sentencias No. 323-13-EP/19 y 31-14-EP/19 de la Corte Constitucional

El 19 de noviembre del 2019, la actual Corte Constitucional se alejó del razonamiento expuesto en la sentencia analizada en el punto anterior, en los fallos 323-13-EP/19 y 31-14-EP/19. En ambas sentencias, la Corte concluyó que las causales previstas en el artículo 31 de la LAM son taxativas y, por tanto, no es posible interponer una acción de nulidad por razones adicionales a las establecidas.

La Corte concluye lo expuesto basada en las siguientes razones:

1. Se reconoce el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje[51].

2. La interpretación extensiva y ampliación de las causales de nulidad atenta en contra de la naturaleza misma del arbitraje y de la voluntad de las partes[52].

3. El laudo, al ser una decisión que goza de carácter de cosa juzgada, "ha generado en las partes procesales una certeza sobre determinada situación jurídica"[53].

4. La taxatividad de las causales garantiza el derecho a la seguridad jurídica de las partes procesales en un arbitraje[54].

5. Con base en el principio de legalidad, el juez "puede ejercer sólo las competencias y facultades que se le han atribuido en la Constitución y en la ley"[55].

6. Al ser la nulidad del laudo una sanción impuesta por el ordenamiento jurídico, "la infracción que la genera debe estar establecida expresamente en la ley"[56].

51 Corte Constitucional. *Causa No. 323-13-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019.
52 Corte Constitucional. *Causa No. 323-13-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019; Corte Constitucional. *Causa No. 31-14-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019.
53 Corte Constitucional. *Causa No. 31-14-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019.
54 Corte Constitucional. *Causa No. 323-13-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019; Corte Constitucional. *Causa No. 31-14-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019.
55 Corte Constitucional. *Causa No. 323-13-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019.
56 Corte Constitucional. *Causa No. 31-14-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019.

En primer lugar, respecto al principio de mínima intervención en el arbitraje, González-Montes Sánchez establece que la intervención de un órgano de la jurisdicción en un procedimiento arbitral debe entenderse siempre con carácter excepcional para no desvirtuar el sentido de acudir a esta institución[57]. Como se ha expuesto anteriormente en el presente artículo, la autonomía y el carácter final de las decisiones arbitrales hacen que el arbitraje sea un método alternativo de resolución de disputas atractivo para las partes que buscan una decisión inapelable que resuelva la controversia suscitada. Por esta razón, en el caso que se vulnere el principio de mínima intervención en el arbitraje, se restaría el atractivo intrínseco de esta institución ampliamente utilizada a nivel nacional e internacional.

La Constitución de la República en el artículo 190 reconoce la naturaleza convencional del arbitraje y a este como "un sistema 'alternativo' con normas y procedimientos propios"[58]. Por tanto, si las partes convinieron dirimir sus controversias en arbitraje, "un control indiscriminado [y] de oficio [por parte de la justicia ordinaria], transgrediría el carácter alternativo de este sistema y dejaría sin efecto a la voluntad de las partes"[59].

Por esta razón, la ley le ha dado el carácter de cosa juzgada al laudo arbitral. Dado que al tener una decisión final, el control por parte del Estado debe ser específico. La taxatividad de las causales, entonces, previene la disyuntiva que existe entre el acuerdo de las partes de excluir a las cortes nacionales del conocimiento de la controversia y el control judicial del Estado. Además, al ser una decisión con carácter de cosa juzgada, esta ha creado una cierta expectativa en las partes[60]. Por lo tanto, transgredir esta certeza sería vulnerar el derecho a la seguridad jurídica de las partes procesales en un arbitraje. La anterior Corte Constitucional, al ampliar las causales de nulidad de forma indiscriminada, promovía la inseguridad jurídica de las partes creando incertidumbre respecto a las razones por las cuales un laudo que resuelva su controversia puede ser anulado.

Asimismo debe enfatizarse que con base en el principio de legalidad, el juez "puede ejercer sólo las competencias y facultades que se le han atribuido en la Constitución y en la ley"[61]. Esto implica que, si la LAM establece únicamente un cierto rango de causales para interponer una acción de nulidad, el juez no puede ampliarlas si no media una norma que se lo permita. Por esta razón, la vulneración debe necesariamente enmarcarse en las causales establecidas en el

57 González-Montes Sánchez, José Luis. *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, De 23 De Diciembre)*. Madrid: Dykinson, 2009, p. 15.

58 Corte Constitucional. *Causa No. 323-13-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019; Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 190.

59 Corte Constitucional. *Causa No. 323-13-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019.

60 Corte Constitucional. *Causa No. 323-13-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019; Corte Constitucional. *Causa No. 31-14-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019.

61 Corte Constitucional. *Causa No. 323-13-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019.

artículo 31 de la LAM para que la acción de nulidad constituya un mecanismo eficaz de control del proceso arbitral.

Por último, al ser la nulidad del laudo una sanción impuesta por el ordenamiento jurídico en el caso de que esta no cumpla con los preceptos legales que se establece, esta sanción debe encontrarse delimitada en la norma que la prevea. Esto, tal y como lo establece el artículo 76 numeral 6 de la Constitución: "la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza"[62]. De no delimitarse, se estarían transgrediendo los principios mencionados anteriormente: seguridad jurídica, legalidad y mínima intervención del arbitraje.

En consecuencia, se establece que las causales de anulación contenidas en el artículo 31 de la LAM deben ser taxativas. No obstante, esto no implica que los laudos no deban observar las garantías y derechos constitucionales previstos en el ordenamiento jurídico. La Corte establece que "para remediar los vicios procesales y efectivizar los derechos constitucionales de las partes procesales, el ordenamiento jurídico ha construido un sistema con diferentes vías de reclamación"[63]. En especial, en caso de una vulneración a un derecho constitucional no enmarcado en una de las causales de la acción de nulidad, la víctima puede interponer una acción extraordinaria de protección[64]. Sin embargo, los casos que sí se enmarquen en las causales previstas para la acción de nulidad, deben necesariamente agotar esta vía primero[65].

A nuestro parecer, esta decisión de la Corte es de trascendental importancia, puesto que en la taxatividad de las causales de anulación de laudos se encuentra el límite del control judicial sobre las decisiones arbitrales. Según Caivano, el reconocimiento de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje tiene como consecuencia necesaria la función de control que el Poder Judicial ejerce en relación a los laudos[66]. No obstante, debe encontrarse establecido en las legislaciones nacionales el equilibrio entre la autonomía del arbitraje y el mecanismo de control judicial[67]. Al respecto, es necesario recalcar que:

> La misma naturaleza del arbitraje, y la necesidad de respetar sus características intrínsecas, exige que ese control no sea excesivo ni termine convirtiéndose en una fórmula idónea para maniobras dilatorias o maliciosas[68].

En este sentido, los fallos de 19 de noviembre de 2019 de la Corte Constitucional, contemplan el equilibrio entre la necesidad de que los laudos sean

62 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 76.
63 Corte Constitucional. *Causa No. 31-14-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019.
64 Corte Constitucional. *Causa No. 323-13-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019; Corte Constitucional. *Causa No. 31-14-EP*. Sentencia, 19 de noviembre de 2019.
65 *Ibíd*.
66 Caivano, Roque J. *Control Judicial en el Arbitraje*. *Óp. cit.,* p. 105.
67 Park, William W. "Duty and Discretion in International Arbitration". *American Journal of International Law* 93 (1999), p. 805.
68 Caivano, Roque J. *Control Judicial en el Arbitraje*. *Óp. cit.,* pp. 112-113.

decisiones finales e irrecurribles bajo la naturaleza del arbitraje y, por otro lado, la conveniencia de revisión y control judicial. La Corte, al establecer que la revisión judicial de un laudo arbitral debe limitarse a verificar la existencia de las causales de nulidad señaladas de forma taxativa en la LAM, no solo corroboró el principio de intervención mínima en el arbitraje, sino que, además, solidificó el desarrollo futuro de la jurisprudencia ecuatoriana en asuntos relacionados a la acción de nulidad.

Es preciso, además, enfatizar la importancia de la certeza de las partes en cuanto a que el laudo, sea beneficioso a su parecer o no, será anulado únicamente por los motivos expresamente establecidos en la ley. De esta forma, se logra evitar la disminución del atractivo y las ventajas propias del arbitraje por el alcance indebidamente amplio de las causales previstas, aumentando así la confianza general en la institución del arbitraje como un medio para buscar la finalidad.

No obstante, si bien consideramos que es correcto que la Corte haya establecido que las causales de nulidad son taxativas a nivel interno, no debemos olvidarnos que internacionalmente existen compromisos que el Estado ecuatoriano no puede inobservar. Esto, podría hacer que existan otras causales de nulidad que se verían incorporadas al ordenamiento jurídico ecuatoriano, aunque no estén previstas en el artículo 31 de la LAM. En este sentido, el último análisis que incorporaremos al presente artículo es uno de estos casos: la falta de solicitud de interpretación prejudicial por parte del árbitro o tribunal arbitral al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como causal de anulación de laudos arbitrales en el Ecuador.

5. Falta de solicitud de interpretación prejudicial por parte del árbitro o tribunal arbitral al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

A la luz de la normativa del ordenamiento jurídico comunitario andino existe otra causal de nulidad de laudos arbitrales no prevista de forma expresa en la legislación ecuatoriana. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA), en la sentencia 57-IP-2012, al interpretar la normativa comunitaria, concluyó que la falta de solicitud de interpretación prejudicial por parte del árbitro o tribunal arbitral al TJCA cuando en el proceso arbitral "deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino"[69] es causal de nulidad en los países que conforman la Comunidad Andina.

69 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Causa No. 57-IP-2012*. Sentencia, 11 de julio de 2012.

En primer lugar, el TJCA recalcó que "el ordenamiento jurídico comunitario andino [...] entra a formar parte y a tener efecto automático en el sistema jurídico interno de los Países Miembros[70]. Por esta razón, con el fin de garantizar una interpretación uniforme en el territorio comunitario, se instituyó la figura de la Interpretación Prejudicial a cargo de la cabeza del TJCA[71]. El artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA prescribe que:

> Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. [...]
> En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal[72].

El concepto de jueces nacionales del artículo mencionado anteriormente fue ampliado por el TJCA quien determinó que este incluía a los árbitros o tribunales arbitrales[73]. En consecuencia, estos se encuentran necesariamente obligados a solicitar la interpretación prejudicial cuando se deban aplicar normas comunitarias andinas o estas estén controvertidas[74].

El incumplimiento de la obligación de solicitar la interpretación prejudicial obligatoria acarrea ciertos efectos. Cuando el árbitro o tribunal arbitral haya omitido el cumplimiento de esta obligación y el laudo proceda a ser revisado por medio de un recurso extraordinario de anulación, el juez que conoce el recurso se puede encontrar ante dos hipótesis. La primera hipótesis es que el "recurso extraordinario se sustente en la falta de consulta prejudicial en la última o única instancia"[75]. Frente a este escenario, cuando se verifique la inobservancia de la solicitud de interpretación prejudicial, se debe anular el laudo. La segunda hipótesis es:

> Que el recurso extraordinario no se sustente en la falta de consulta prejudicial en última o única instancia, pero sí se refiera a la interpretación de normas comunitarias o, de conformidad con la naturaleza del asunto, se deban aplicar éstas[76].

En este caso, el juez nacional actúa como juez comunitario andino, y por lo tanto es garante del ordenamiento subregional conjuntamente con el TJCA. Esto implica que debe velar por la correcta y uniforme aplicación del mismo. Por esta razón, el juez nacional que conoce el recurso extraordinario de anula-

70 *Ibíd.*
71 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1996). Artículo 32.
72 *Eiusdem*. Artículo 33.
73 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Causa No. 03-AI-2010*. Sentencia, 26 de agosto de 2011.
74 *Ibíd*; Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2001). Artículo 123.
75 *Ibíd.*
76 *Ibíd.*

ción, "por encima de las limitaciones formales de su normativa interna, tiene que hacer primar el orden comunitario andino"[77].

En consecuencia, el juez, independientemente de las causales de nulidad que haya presentado el accionante, debe anular el laudo arbitral cuando en el proceso no se haya realizado la consulta obligatoria para interpretación prejudicial, con el fin de salvaguardar el orden supranacional comunitario. Esto dado que como se mencionó anteriormente, la falta de interpretación prejudicial entra a formar parte de las causales de nulidad contempladas en la normativa interna del país miembro[78].

La República del Ecuador, al ser país miembro de la Comunidad Andina, incorpora la normativa comunitaria andina como parte del bloque de normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Si estuviéramos en el supuesto establecido por la Sentencia No. No. 302-15-SEP-CC de la Corte Constitucional en 2015, sería claro que, al encontrarse en el bloque de normas, la falta de solicitud prejudicial por parte del árbitro o tribunal arbitral al TJCA sería una causal de nulidad a pesar de no encontrarse prevista en el artículo 31 de la LAM.

Sin embargo, como establecimos anteriormente, las últimas sentencias de la Corte Constitucional fueron tajantes al establecer la taxatividad de las causales previstas en el artículo 31 de la LAM. Esto, según nuestra perspectiva, implica una unificación en la jurisprudencia de nulidad de laudos ecuatoriana, de ahora en adelante. No obstante, al respecto surgen dos preguntas. En primer lugar, ¿es la falta de interpretación prejudicial una causal de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador a pesar de no estar contemplada en la LAM? En segundo lugar, ¿sería la acción de nulidad en el Ecuador el mecanismo adecuado para anular un laudo por falta de solicitud prejudicial por parte del árbitro o tribunal arbitral al TJCA?

Es claro que el incumplimiento de esta obligación podría acarrear responsabilidad internacional para el Estado ecuatoriano. Por esta razón, consideramos que debería tomarse en cuenta que en caso de compromisos que contraiga el Estado a nivel internacional, como en este caso lo es la interpretación prejudicial, habría causales que podrían verse incorporadas a las contempladas en el artículo 31 de la LAM. Sin embargo, no debería hacerse de una manera amplia como lo propuso la Corte Constitucional en la Sentencia No. 302-15-SEP-CC, sino puntualmente por temas de compromisos internacionales como en el caso expuesto en la presente sección.

77 *Ibíd.*
78 *Ibíd.*

6. Conclusiones

En síntesis, el arbitraje como método de resolución de disputas está sujeto al control del Poder Judicial del Estado. Con el fin de encontrar un equilibrio entre la autonomía, característica de la naturaleza misma del arbitraje, y el control judicial, usualmente las competencias de revisión de los laudos arbitrales deben estar expresamente establecidas en las legislaciones. Con el fin de determinar el carácter de las causales contempladas en la LAM, se analizaron varias decisiones de la Corte Provincial de Justicia, así como de la anterior Corte Constitucional, en las cuales se interpretó de forma extensiva las causales establecidas en el artículo 31 de la LAM para interponer la acción de nulidad, e incluso se amplió el catálogo de las mismas.

En contraposición a dichas decisiones, se examinaron las Sentencias No. 323-13-EP/19 y 31-14-EP/19 de la actual Corte Constitucional, en las cuales se ratificó el carácter excepcional de la acción de nulidad, así como la taxatividad de las causales previstas en la LAM. Tras el análisis realizado, podemos concluir que las causales de nulidad previstas en la LAM sí deberían ser consideradas como taxativas. Esto porque como se expuso en el presente artículo, la ampliación e interpretación extensiva transgrede una de las principales características de la acción de nulidad, la excepcionalidad y, por lo tanto, representa un abuso de la mencionada acción. Asimismo, implica una vulneración del principio de intervención judicial mínima, seguridad jurídica y legalidad, previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

A nuestro criterio, el razonamiento de la Corte Constitucional representa un avance de suma importancia, dado que consolida el futuro de la jurisprudencia ecuatoriana en materia de nulidad de laudos arbitrales, además de permitir a las partes tener certeza sobre los motivos que podrían llevar a esta sanción. En este sentido, resulta indispensable señalar que la ratificación de la excepcionalidad del mecanismo de anulación, así como el carácter taxativo de las causales, establecen el equilibrio que debe existir entre el control judicial necesario del Estado a los laudos arbitrales y la autonomía de la que debe gozar el arbitraje.

Una vez determinado el carácter de las causales, ponemos a consideración cuál debería ser el tratamiento de los compromisos internacionales en los que se ha visto inmerso el Estado ecuatoriano. Un ejemplo de estos compromisos es la interpretación prejudicial del TJCA, la cual, según el mismo, en caso de ser incumplida debe ser causal de nulidad incorporada al ordenamiento jurídico de los Países Miembros. Al ser el Ecuador uno de estos, con base en lo expuesto anteriormente, podría entenderse incorporado al catálogo de causales de

nulidad. No obstante, esta incorporación debería ser puntualmente en temas de compromisos internacionales y no de forma indiscriminada como lo trató la anterior Corte Constitucional. Sin embargo, este punto podría ser tema de análisis en un futuro artículo.





Firma

Fundada en 1991 por Jorge Paz Durini y Bruce Horowitz Rossen, la firma ofrece asesoría legal a empresas nacionales, multinacionales, emprendimientos y ONGs. Está comprometida con la excelencia en los servicios jurídicos éticos y rentables que brinda nacional e internacionalmente.



Equipo

Grupo de profesionales especializados en varias áreas del derecho, que trabajan en conjunto con el fin de asegurar que los clientes se beneficien de una base consolidada de conocimientos, adecuada para cada necesidad.



Reconocimiento Internacional

Reconocida cada año por los más importantes directorios legales internacionales (Chambers & Partners, Latin Lawyer, Legal 500, Leaders League, IFRL), como una de las mejores firmas del país.

Firma nominada por el Banco Interamericano de Desarrollo para el premio “International Star for Leadership in Quality” realizado en París en 2017.



Firma de Servicios Legales en Ecuador

En suscribir los Principios de la ONU para el Empoderamiento de la Mujer.

En ser invitada a participar en el Programa de Asistencia a Inventores por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

En ser recomendada por LACCA (Latin American Corporate Counsel Association) en temas de Compliance y Anti-corrupción.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Las causales de nulidad de doble impacto: excepciones al principio de separabilidad del sistema arbitral

The Causes of Nullity of Double Impact: Exceptions to the Principle of Separability of the Arbitration System

Vika Mikaela Lara Taranchenko*

Recibido / Received: 1/03/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1739

Citación:
Lara Taranchenko, V. M. «Las causales de nulidad de doble impacto: excepciones al principio de separabilidad del sistema arbitral». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 159-180, doi:10.18272/ulr.v7i1.1739.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: vikytaranchenko@hotmail.com; vlarat@estud.usfq.edu.ec. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-4149-4014

Resumen

Ante la existencia de una causal de nulidad que afecta a la validez del contrato base, el mismo que contiene el convenio arbitral, se ha aplicado el principio de separabilidad, como regla general, para fundamentar que tanto el convenio base y el convenio arbitral son dos negocios jurídicos independientes y autónomos, de forma que la inexistencia o invalidez del uno no afecta al otro. En ciertos casos, el elemento volitivo para la aceptación tanto del convenio base y el convenio arbitral se manifiesta mediante un solo acto y puede ser viciado por una causal de nulidad que afecta a ambos contratos. Por consiguiente, las causales de nulidad de doble impacto, llamadas así porque afectan simultáneamente al contrato subyacente y al convenio arbitral, hacen que el principio de separabilidad no sea de aplicación absoluta. A continuación, se pretende analizar la aplicación del principio de separabilidad frente a las causales de nulidad de doble impacto y determinar las consecuencias jurídicas que se derivan en el arbitraje y en la justicia ordinaria.

Palabras Clave

Arbitraje; autonomía de la voluntad; vicios; separabilidad; nulidad; contrato subyacente; contrato base; convenio arbitral; incapacidad

Abstract

As a general rule, the separability principle is applied when grounds to set aside an arbitral award affects the validity of the contract and the arbitration agreement. This principle supports that both contracts are two independent and autonomous contracts, so that the nonexistence or invalidity of one does not affect the other. In certain cases, the volitional element for the acceptance of booth the underlying contract and the arbitration agreement is manifested by a single act and can be vitiated by a cause of nullity that affects both contracts. Consequently, the causes of nullity of double impact, so called because they simultaneously affect the underlying contract and the arbitral agreement, make the principle of separability not of absolute application. Therefore, this paper aims to analyze the application of the principle of separability in the causes of nullity of double impact and determine the legal consequences that result in arbitration and ordinary justice.

Keywords

Arbitration; autonomy of the will; vices; separability; nullity; underlying contract; base contract; arbitral agreement; incapacity

1. Introducción

Es tal la importancia del consentimiento de las partes en el arbitraje, que se ha concebido como la piedra angular del convenio arbitral[1]. Es preciso entonces, que el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación defina al convenio arbitral como: "el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual"[2]. Es innegable la posibilidad de que la voluntad de la parte signataria se manifieste en un solo acto como aceptación para el contrato base y para el convenio arbitral[3]. Por ello, este acto volitivo está expuesto a contagiarse de una de las causales de nulidad que terminan viciando al convenio base y al convenio arbitral[4]. A estas últimas se las denomina causales de nulidad de doble impacto ya que son susceptibles de anular a ambos contratos[5].

Si bien la doctrina y jurisprudencia han optado por la aplicación del principio de separabilidad como regla general para evitar el contagio de los vicios de un contrato a otro, ya que se estiman como independientes y autónomos[6], Caivano menciona que dicho principio no es absoluto, puesto que no implica que las causas que afectan la validez del contrato principal nunca puedan afectar la del convenio arbitral:

> […] la posibilidad de que ambos pactos sean nulos existe, ya que habiendo sido otorgados en el mismo momento, algunos vicios –especialmente los que se refieran a la declaración de la voluntad de las partes– pueden afectar conjuntamente al contrato principal y al acuerdo arbitral[7].

Es así que Bajaña y González mencionan que el principio de separabilidad es insuficiente para aquellos casos en que los vicios del consentimiento podrían perfectamente migrar desde el contrato referencial al acuerdo arbitral[8]. Por ello, el problema jurídico que se presenta en la aplicación del principio de separabilidad, es que no considera aquellas causales de nulidad que afectan a

---

1 Follonier-Ayala, Alejandro. "La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y Suiza". *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje* XII/1 (2012), p. 110.

2 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 5. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

3 Traducción libre. Curtin, Zeb-Michael. "Rethinking Prima Paint Separability in Today's Changed Arbitration Regime: The Case of Inseparability and Judicial Decision-making in the Context of Mental Incapacity Defenses". *Iowa Law Review* 90 (2004), p. 1909.

4 *Cfr*. Lee, Jack Tsen-Ta. "Separability, Competence-Competence and the Arbitrator's Jurisdiction in Singapore". *Singapore Academy of Law Journal* 7, 421 (1995), p. 425.

5 *Cfr.* Bajaña Tovar, Fernando S. y González Morán, Paúl A. "La manifestación del consentimiento en condiciones de violencia económica: un asunto pendiente en el arbitraje". *Iuris Dictio* X/22 (2019), pp. 48-51.

6 Verbist, Herman; Imhoos, Christophe y Bourque, Jean-Françoise *Arbitraje y solución alternativa de controversias: cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales*. San José: Cámara de Exportadores de Costa Rica, 2005, p. 123.

7 Caivano, Roque J. "El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene". *Derecho y Ciencias Sociales.* (2015), p. 25.

8 Bajaña Tovar, Fernando S. y González Morán, Paúl A. "La manifestación del consentimiento…". *Óp. cit.,* p. 48.

ambos contratos y que desprenden consecuencias jurídicas en la competencia de los árbitros y de los jueces.

Este problema jurídico bien puede ser expresado mediante la fórmula matemática que exponen Bajaña y Gonz*á*lez: 1(a+b) en el que 1 es la sola manifestación de voluntad de aceptar tanto el convenio base (a) y el convenio arbitral (b) y por lo mismo, si existe una patología en el consentimiento (*) ambos se verían afectados de la siguiente forma: 1*(a+b)= 1*a+ 1*b[9]. No obstante, dicha afirmación no puede ser aplicada a todas las causales de nulidad del contrato, en vista de que el principio de separabilidad es un mecanismo de protección del convenio arbitral y sus efectos, y en virtud del cual, logra proteger la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, pues como se mencionó, es la piedra angular[10].

En razón del problema jurídico citado, el presente artículo pretende: (i) analizar las causales de nulidad de la legislación ecuatoriana para determinar si el principio de separabilidad resulta aplicable en cada una de ellas. Dentro de este punto, se acudirá a la jurisprudencia ecuatoriana y a la jurisprudencia comparada para distinguir el tratamiento que se le ha dado a las causales de nulidad de doble impacto y (ii) a partir de ello, será posible determinar las consecuencias jurídicas que se derivan en la competencia de los árbitros y en la facultad de los jueces. Dentro de lo mencionado, se concluirá, como soluciones al problema jurídico, que los árbitros deben declararse incompetentes para resolver la cuestión de fondo y no pueden pronunciarse sobre el contrato principal. Por otro lado, dentro del sistema judicial, se expondrán las siguientes dos soluciones: (i) aquella que atiende al principio *pro arbitri* sosteniendo que los jueces deben remitir el convenio arbitral a arbitraje y (ii) aquella que se aleja del principio *pro arbitri* al establecer la posibilidad de que los jueces analicen la validez del convenio antes de su remisión.

2. Causales de nulidad en la legislación ecuatoriana

El artículo 1461 del Código Civil prescribe que:

> Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; Que tenga una causa lícita.

Por ello, las causales de nulidad de un negocio jurídico son: (i) incapacidad; (ii) los vicios del consentimiento; (iii) objeto ilícito; y, (iv) causa ilícita. Para

9 *Id.*, p. 51.
10 Guzmán-Barrón Sobrevilla, César. *Arbitraje comercial nacional e internacional.* Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2019, p. 37.

fines de determinar las consecuencias en sede judicial y en el arbitraje, se tomarán en cuenta las primeras tres causales puesto que el objeto y la causa ilícita no constituyen causales de nulidad de doble impacto. Es así que la Corte Suprema del Ecuador, en el caso *Makro S.A. vs. Fodeva S.A*, concluyó que la causa ilícita del contrato principal no acarrea la nulidad del convenio arbitral[11]. La jurisprudencia comparada también se inclina a dicho razonamiento en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que menciona que el convenio arbitral será inválido cuando esté viciado de una causa ilícita, independientemente del contrato que lo contenga[12].

2.1. Incapacidad de la parte signataria

Fernando Vidal Ramírez, al analizar los requisitos de validez del convenio arbitral, establece que: "la vigencia del convenio arbitral puede ser enervada por vicios de nulidad y de anulabilidad, que lo afecten directamente, como sería el caso de la incapacidad de una de las partes para celebrarlo"[13]. La incapacidad, como la falta de aptitud para la celebración de negocios jurídicos, está contemplada en la Guía para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958. La misma define al término «incapacidad de la parte», a la que se refiere el artículo V, numeral 1, literal a), de dicha Convención, como: "aquellas personas que carecen de capacidad para contratar y que estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable"[14].

Por consiguiente, es preciso analizar las distintas causales tanto de la incapacidad absoluta como la relativa no solo para determinar si constituyen causales de doble impacto sino que son requisitos para el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

2.1.1. Incapacidad absoluta

El Código Civil en su artículo 1463 prescribe que son absolutamente incapaces: "los impúberes, los dementes, los sordos que no pueden darse a entender de manera verbal, escrita o por lengua de señas"[15].

Con respecto a la primera causal, el legislador considera que los impúberes, al igual que los menores adultos (incapacidad relativa), no tienen la aptitud suficiente para discernir sobre la conveniencia de celebrar un negocio jurídico[16].

11 Corte Suprema del Ecuador. *Makro S.A. vs. Fodeva S.A*. Sentencia, 24 de mayo de 2006.
12 *Cfr*. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10. *Resolución No. 485/2007*. Sentencia, 26 de octubre de 2007.
13 Vidal Ramírez, Fernando. "El Convenio Arbitral". *Derecho PUCP* 56, (2003), p. 577.
14 Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 (2013). Artículo V.1.a.
15 Código Civil. Artículo 1463. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
16 Traducción Libre. Payne, Taylor y Bales, Richard. "What a Contract Has Joined Together Let No Court Cast Asunder: Abolishing Separability and Codifying the Scope of the Provisions of Arbitration Agreement". *West Virginia Law Review*

Dicha causal ha sido prevista en la Guía del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA) para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 que al referirse sobre la incapacidad de las partes, establece que: "Los tipos de asuntos que surgen bajo esta causal incluyen las defensas de 'incapacidad', como por ejemplo, que una parte sea demasiado joven para firmar [minoridad]"[17]. En la doctrina incluso, se ha contemplado la posibilidad de que un convenio arbitral, celebrado por impúber o un menor adulto, se considere una causal de nulidad manifiesta[18], presupuesto que deriva consecuencias jurídicas en sede judicial y que serán expuestas posteriormente.

Con respecto a la demencia, esta se refiere a una patología que priva el uso de la razón de la persona de manera que le impide ejercer libremente su voluntad, mientras que la tercera causal es una incapacidad que no tiene que ver con las facultades intelectuales de la persona, sino simplemente con un impedimento para comunicarse mediante el habla o la escritura, lo que, a juicio del legislador, le inhabilitaba para conocer el contenido de las ofertas negociales que se le hacen y dar a conocer, a su vez, su decisión respecto de las mismas[19].

Enfocándonos en el problema jurídico, un impúber, demente o sordo que no puede darse a entender de manera verbal, escrita o lengua de señas; puede manifestar su voluntad para aceptar tanto el convenio base y el convenio arbitral mediante un solo acto. Según el principio de separabilidad, se diría que la nulidad de uno no afecta al segundo, puesto que son dos negocios jurídicos distintos. Sin embargo, la expresión de voluntad proviene del mismo sujeto incapaz y, por ende, tanto el convenio arbitral y el convenio base adolecen de nulidad absoluta, siendo el principio de separabilidad inaplicable. Es así como Caivano afirma que la incapacidad, puede razonablemente considerarse invalidante del contrato y de la cláusula arbitral[20]. Con respecto a la incapacidad mental, Curtin menciona que: "en aquellos casos de incapacidad mental, el convenio arbitral debe considerarse inseparable del contrato subyacente"[21].

De las sentencias y laudos arbitrales revisados dentro de la jurisprudencia ecuatoriana, no se ha podido evidenciar el desarrollo respecto de esta causal como invalidante del contrato principal y del convenio arbitral. Por ello, es preciso acudir a la jurisprudencia comparada que se pronuncia sobre la aplicación relativa del principio de separabilidad. El Tribunal Federal de Suiza,

---

120 (2017), p. 5.

17 Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 (2013). Artículo V.1.a.

18 O' Neill de la Fuente, Cecilia y Nava Segarra, Mariem. "¿Nacer para vivir muriendo? La nulidad manifiesta del convenio arbitral". *Advocatus, Revistas Ulima* (2015), p. 107.

19 Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2015. p. 174.

20 Caivano, Roque J. "El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene". *Óp. cit.,* p. 14.

21 Traducción Libre. Curtin, Zeb-Michael. "Rethinking Prima Paint Separability in Today's Changed Arbitration Regime: The Case of Inseparability and Judicial Decisionmaking in the Context of Mental Incapacity Defenses". *Iowa Law Review* 90 (2004), p. 1936.

en el caso *National Power Corpn. vs. Westinghouse*[22] y el Tribunal Supremo de Reino Unido en el caso *Premium Nafta Products Ltd. vs. Fili Shipping Co*[23] han sostenido que el principio de separabilidad no es aplicable en aquellos casos en los que las causales de nulidad del contrato subyacente también afectan a la cláusula arbitral, como en caso de los incapaces o la coacción.

Finalmente, en el caso *Spahr vs. Secco FBS*, se demostró que la incapacidad mental del actor fue la causal de nulidad del contrato financiero denominado *Cash Count Agreement*, y por ende, de la cláusula arbitral contemplada en el mismo contrato y que fue celebrado con la compañía *FBS Investment Services*. La Corte de Apelación de Estados Unidos concluyó que el contrato (*Cash Count Agreement*), "no es un contrato ejecutable bajo la ley por el incumplimiento de [Spahr] de tener la capacidad mental suficiente para comprender la naturaleza y el efecto de este contrato"[24]. Sobre esta base, el tribunal no aplicó el principio de separabilidad y rechazó la moción de *US Bancorp* para obligar a las partes a someterse a arbitraje.

2.1.2. Incapacidad relativa

El artículo 1463 del Código Civil prescribe que son incapaces relativos: a) los menores adultos b) los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes y c) las personas jurídicas.

La primera causal contempla, al igual que los impúberes, la falta de juicio y discernimiento para la celebración de los negocios jurídicos, pero sus consecuencias jurídicas son distintas al tener la posibilidad de ratificarlos[25]. El caso *Howard vs. Food*, *Folks & Fun*, demuestra la ratificación del convenio arbitral por la parte signataria una vez que alcanzó su mayoría de edad. En el caso mencionado, una menor de 16 años ratificó un contrato laboral con *Food, Folks & Fun*, en el que dentro del convenio base estaba consagrada una cláusula arbitral, la Corte Distrital de Ohio se pronunció con respecto a la posibilidad de ratificación: "un convenio arbitral celebrado por un menor adulto es anulable. Puede ser [denegado] por el menor o ratificado por el mismo una vez que alcance la mayoría de edad"[26].

Por otro lado, la segunda causal se refiere a la interdicción que priva la capacidad civil que gozaba la persona y la pone en entredicho de administrar sus bienes[27], mientras que en el caso de las personas jurídicas, la condición de

22 US Court of Appeals for the Third Circuit. *National Power Corp. v. Westinghouse.* Sentencia, 18 de noviembre de 1991.
23 House of Lords. *Premium Nafta Products Ltd. vs. Fili Shipping Co*. Resolución, 17 de octubre de 2007.
24 Corte de Apelación de Estados Unidos. Décimo Circuito. *Spahr vs. Secco FBS.* Sentencia, 03 de junio de 2003.
25 *Cfr.* Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2015. p. 176.
26 Corte Distrital de Ohio. *Howard vs. Food*, *Folks & Fun.* Sentencia, 15 de diciembre de 2010.
27 Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 68.

incapacidad tiene una explicación distinta a las personas naturales. Se atribuye la incapacidad a las personas jurídicas debido a que su voluntad orgánica se genera de acuerdo a los mecanismos propios de la persona jurídica a través de sus miembros o representantes en la toma de decisiones[28].

Por lo mismo, si una de las partes carece de una válida representación de la persona jurídica para celebrar el contrato subyacente y la cláusula arbitral, ambos resultan ser nulos[29]. Dentro de la jurisprudencia ecuatoriana, se puede evidenciar que en el caso Federico Arturo Pérez Molina contra el Programa de Protección Social, el demandado era un órgano que no tenía personalidad jurídica propia y que constaba en el contrato principal y del convenio arbitral como parte del mismo. Si bien no se ha declarado la nulidad de ambos contratos, la Corte Superior de Quito declaró la nulidad del laudo arbitral por falta de citación debido a que el funcionario del Programa, quien fue citado, no era representante legal del Ministerio de Bienestar Social[30].

Por ello, es necesario acudir a la jurisprudencia comparada en la que se evidencia expresamente la nulidad de ambos contratos por la falta de representación. En el caso *Premium Nafta Products Limited* y otros c. *Fili Shipping Company Limited* y otros; la Cámara de los Lores del Reino Unido se pronunció con respecto al principio de separabilidad en aquellos casos en los que una parte no ostenta la facultad de celebrar tanto el contrato base como el convenio arbitral: "Si una parte alega que alguien pretendía firmar como representante y no tenía facultad alguna para concluir ningún acuerdo, se trata de un ataque tanto al acuerdo principal como al acuerdo de arbitraje"[31]. En otro caso: "la Corte Suprema de Austria decidió que no existía representación adecuada cuando el poder que autorizaba a firmar el contrato que contenía el acuerdo de arbitraje era inválido"[32].

2.2. Vicios de consentimiento

Otro de los requisitos de la validez del contrato es que esté libre de los vicios de consentimiento. Estos afectan inicialmente a la formación del contrato y por ello, se menciona que: "si el contrato principal es nulo *ab initio* (porque, por ejemplo, se ha incurrido en un vicio de consentimiento), la cláusula de arbitraje también es nula"[33].

28 *Id.,* p. 160.
29 Traducción Libre. Heider, Manfred et al. *Dispute Resolution in Australia.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 230.
30 Corte Superior de Quito. *Federico Arturo Pérez Molina contra el Programa de Protección Social.* Sentencia, 27 de junio del 2008.
31 House of Lords. *Premium Nafta Products Limited and others vs. Fili Shipping Company Limited and others.* Resolución, 17 de octubre de 2007.
32 Guía Relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958). Artículo V 1) a).
33 Traducción Libre. Lee, Jack Tsen-Ta. "Separability, Competence- Competence and the Arbitror's Jurisdiction in Singapore".

2.2.1. Error

Este vicio de consentimiento afecta a la formación de la voluntad de la persona ya que causa una disconformidad entre las ideas y representaciones de la mente y la realidad, es decir, se manifiesta por una falsa apreciación de la realidad o por la ausencia de conocimiento que recae sobre algún aspecto del negocio jurídico, sea en la esencia del negocio, en su objeto o la persona con quién se contrata[34].

En el ámbito del arbitraje se menciona que este vicio de consentimiento se ha evidenciado en ciertos contratos de adhesión, en virtud de que en este tipo de contratos, no se discuten con anterioridad las cláusulas y condiciones que regirán el contrato y la parte contratista se limita a aceptar las condiciones impuestas, incluyendo el convenio arbitral o cláusulas compromisorias. Por ello: "se debe tomar en cuenta que el [contratista] con tal de contratar aceptará estas condiciones y su correspondiente ratificación. Por lo que en definitiva el procedimiento [arbitral] establecido no es eficaz" [35]. Sin embargo, quienes consideran que dentro de los contratos de adhesión se podría producir una nulidad de doble impacto, deben tomar en cuenta las limitaciones que impone la ley — por ejemplo la Ley de Defensa de Consumidor— que prescribe que para que sea válida la celebración de un convenio arbitral, se debe firmar este convenio.

Durante la presente investigación, no se ha evidenciado que el error sea causal de nulidad de ambos contratos dentro de la jurisprudencia ecuatoriana por lo que se analizará la jurisprudencia y doctrina comparada. En el caso *D.L.T. Holdings Inc. vs. Grow Biz International, Inc*.[36] en el que una parte alegó error porque no había tenido la oportunidad de obtener asesoramiento jurídico independiente durante la negociación y concertación del contrato, mismo que contenía el acuerdo de arbitraje. Si bien el Tribunal rechazó el argumento por falta de prueba, indicó que sería un motivo válido para anular ambos contratos si se hubiesen probado las representaciones falsas.

Refiriéndonos al error en la persona, el artículo 1471 del Código Civil prescribe que: "El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato"[37]. Por lo tanto, el error tiene que ser determinante, es decir:

Singapore Academy of Law Journal 7, 421 (1995), p. 426.

34 *Cfr*. López Díaz, Elvira. *Iniciación al Derecho*. Madrid: Delta Publicaciones, 2006, pp. 264-265.

35 Velasco Mayorga, Sofía Gabriela. *El efecto de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión bancarios*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito, 2015, p. 53.

36 Tribunal Supremo de la Provincia de la Isla de Príncipe Eduardo, *D.L.T. Holdings Inc. vs. Grow Biz International, Inc.* Sentencia, 23 de marzo de 2001.

37 Código Civil. *Eiusdem*. Artículo 1471.

> [...] si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas[38].

Dentro del problema jurídico, una persona erróneamente podría celebrar tanto el contrato principal como el convenio arbitral con una persona con la que no se tiene la intención de contratar. El caso *PrimaPaintCorp. vs. Flood & Conklin Manufacturing Co* (F&C), es uno de los primeros casos en desarrollar y aplicar el principio de separabilidad y en el que se alegó el error en la calidad de la persona. En este caso, el actor celebró un contrato que contenía una cláusula arbitral con el demandado, el actor sostuvo que: "F&C erróneamente le hizo creer que era solvente y capaz de cumplir con sus obligaciones, mientras que en realidad era insolvente y estaba destinado a declararse en quiebra"[39]. Sobre la base de la decisión, la doctrina ha criticado el principio de separabilidad mencionando que el razonamiento de la Corte en el caso *Prima Paint* ya no se ajusta a la realidad económica de los contratos actualmente y por ello, es necesario repensar y reformular la doctrina de la separabilidad en el arbitraje moderno[40].

Los autores que critican la separabilidad sobre la base del caso, se han pronunciado con respecto a la facultad que tienen los jueces de analizar la validez del convenio arbitral si la formación del contrato subyacente está en cuestión y consecuentemente, decidir si remitir el asunto de fondo al arbitraje. De esto se desprende que, como Stephen J. Ware menciona: "Nada previene a la Corte [en el caso *Prima Paint*] de sostener que la formación del convenio arbitral está en disputa cada vez que la formación del contrato que lo contiene está en discusión" [41]. Con respecto al error, el autor se pronuncia: "si el consentimiento del contrato principal fue fraudulentamente inducido, entonces su consentimiento para someterse a arbitraje fue igualmente inducido de manera fraudulenta"[42].

Finalmente, al referirnos sobre el error del objeto, es necesario precisar que el objeto del convenio arbitral y del convenio base son distintos por lo que es precisa la aplicación del principio de separabilidad. La parte signataria puede tener conocimiento adecuado del objeto en discusión del convenio arbitral pero una equívoca apreciación del objeto del contrato subyacente, siendo así que el error del uno no afecta al otro. De esta manera se ha pronunciado la Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de

38 Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010). Artículo 3.2.2.

39 Traducción Libre. Corte Suprema de los Estados Unidos. *PrimaPaintCorp. vs. Flood & Conklin Manufacturing Co.* Sentencia, 12 de junio de 1967.

40 Traducción Libre. Curtin, Zeb-Michael. "Rethinking Prima Paint Separability in Today's Changed Arbitration Regime: The Case of Inseparability and Judicial Decisionmaking in the Context of Mental Incapacity Defenses". *Iowa Law Review* 90 (2004), p. 1907.

41 Traducción Libre. Ware, Stephen J. "Employment Arbitration and Voluntary Consent". *Hofsta Law Review*, 25 (1996), p. 137.

42 *Ibíd.*

1958, mencionando que los objetos del convenio principal y del convenio arbitral son distintos:

> […] por ejemplo, un contrato cuyo objeto sea el reparto de un mercado en violación del derecho de competencia es ilegal. Sin embargo, tal ilegalidad no afecta el consentimiento de someter las disputas relacionadas a arbitraje expresado en una cláusula arbitral contenida en el contrato[43].

2.2.1.1. La inexistencia del consentimiento

Es importante considerar aquellos casos en los que la jurisprudencia ha declarado la inexistencia tanto del convenio base como del convenio arbitral por la falta de consentimiento de las partes. Esto debido a que existen ocasiones en que: "la parte que niega haber celebrado un contrato, también niega haber aceptado el arbitraje"[44]. Dentro de la jurisprudencia ecuatoriana, dicha alegación ha sido observada en el caso Autoridad Portuaria de Manta c. *Hutchinson Port Investment LTDA*. (en adelante HPI), *y Hutchinson Port Holdings* (en adelante HPH). En la acción de nulidad del laudo arbitral iniciada, HPI y HPH, alegaron que: "no suscribieron el contrato de concesión del puerto de Manta y por tanto, no consintieron en someterse a arbitraje" [45]. Con respecto a la inexistencia del consentimiento, la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá no aplicó el principio de separabilidad y sostuvo:

HPI y HPH no han intervenido de forma activa en la negociación y ejecución del contrato de concesión [contrato principal] celebrado entre la Autoridad Portuaria de Manta y Terminales Internacionales de Ecuador, S.A.,- en Liquidación, por lo tanto, no son parte de los conflictos que surgieron del contrato que contiene el acuerdo arbitral[46].

Además, dentro de la jurisprudencia comparada, en el caso *Union Of India vs. Birla Cotton Spinning & Weaving* se determinó que si la disputa, en sede judicial, es sobre si el contrato que contiene la cláusula arbitral nunca ha sido celebrado, la cuestión de fondo no puede ser remitida a arbitraje en virtud de que si se niega la existencia del contrato, también se negará la existencia del convenio arbitral[47]. Como consecuencia, los jueces tienen que determinar la existencia del contrato antes de remitir la cuestión de fondo a arbitraje.

43 Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 (2013). p. 53.

44 Traducción Libre. Ware, Stephen J. "Employment Arbitration and Voluntary Consent". *Hofsta Law Review*, 25 (1996), p. 133.

45 Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. *Autoridad Portuaria de Manta c. Hutchinson Port Investment LTDA. y Hutchinson Port Holding.* Sentencia, 15 de marzo de 2018.

46 Figueroa B., Miriam G. "Extensión del pacto arbitral a partes no signatarias y su tratamiento en las Decisiones de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, fundamentalmente relacionadas con la teoría del grupo de sociedades". *Revista de la Comisión de Arbitraje* (2019), p. 173.

47 *Cfr.* Corte Suprema de India. *Union Of India vs. Birla Cotton Spinning & Weaving.* Sentencia, 27 de marzo de 1963.

2.2.2. Fuerza

Como se mencionó anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han previsto que la fuerza puede viciar el convenio base y el convenio arbitral. Este vicio de consentimiento se presenta en el momento que se manifiesta la voluntad, en el que la parte tiene claro que no tiene la intención de celebrar el contrato, pero por una presión ilegítima y suficiente está obligada a celebrarlo[48]. En el problema jurídico presente, esa presión ilegítima y suficiente puede ser ejercida para celebrar el convenio base y el convenio arbitral.

Con respecto al problema jurídico, la Corte Suprema del Ecuador, en el caso *Makro S.A. vs. Fodeva S.A.*, donde se alegaba que el consentimiento de un contrato había sido obtenido a través de violencia y su causa era ilegítima[49], aplicó el principio de separabilidad. La Corte concluyó que:

> […] la nulidad del contrato no afectaría el derecho de las partes de someter sus diferencias a los árbitros, incluyendo la nulidad del contrato principal. La Corte Suprema añadió que las partes mantenían el derecho de que los méritos del alegato de nulidad fuesen resueltos por los árbitros[50].

Sin embargo, parte de la doctrina ha concluído lo contrario: "Aquel contrato que contiene una cláusula arbitral y que fue celebrado bajo amenazas o coacción, puede ser considerado nulo *ab initio* junto con la cláusula arbitral"[51]. En virtud de lo mencionado, dentro de la jurisprudencia comparada, en el caso *Heyman vs. Darwins,* también se concluyó que si una parte alega que un contrato es nulo *ab initio* (por ejemplo en casos de coacción), la cláusula arbitral también lo es[52].

2.2.2.1. La violencia económica como causal de nulidad de doble impacto

Finalmente es sustancial indicar que la impresión fuerte de la que habla el Código Civil en su artículo 1472, puede resultar tanto de la fuerza física como moral[53]. Este último merece un detenimiento puesto que dentro de aquel se ha considerado a la violencia económica. Este se refiere a la posibilidad de anular el contrato en supuestos de amenazas económicas, en los que una

48 *Cfr.* Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2015. pp. 212-214.

49 Corte Suprema del Ecuador. *Makro S.A. vs. Fodeva S.A.* Sentencia, 24 de mayo de 2006.

50 Vielleville, Daniel E. "Nulidad de Contrato y Nulidad de Cláusula Compromisoria". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Monteávila* (2010), p. 94.

51 Traducción Libre. Jan Van Den Berg, Albert. *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*. Londres: Kluwer Law International, 2003, p. 240.

52 House of Lords. *Heyman vs. Darwins.* Resolución, 20 de febrero de 1942.

53 Código Civil. *Eiusdem*. Artículo 1472.

parte presta su consentimiento ante la amenaza de sufrir graves consecuencias económicas[54].

En este nuevo vicio, una parte es consciente de la dependencia económica del otro contratante y en ventaja de eso, decide imponer los términos contractuales mientras que la otra a causa de su debilidad económica acepta cada una de ellas[55]. En cuanto al arbitraje, el sujeto dependiente económicamente no despliega una verdadera intención o pensamiento llano, de conducir las posibles controversias en la sede arbitral pero lo acepta por temor de obtener alguna desventaja económica[56]. De este modo, no se puede aplicar el principio de separabilidad puesto que al ser una causal de nulidad de doble impacto, afecta al convenio base y al convenio arbitral[57].

En el caso *Standard Coffee Serv. Co. vs. Babin*, la parte demandada sostuvo que forzadamente tuvo que aceptar un nuevo contrato (que incluía una cláusula arbitral) con la parte actora, pues de no hacerlo perdería su trabajo. La Corte de Apelaciones de Luisiana determinó que: "la dependencia económica de una parte de la otra [como en una relación laboral], es suficiente para explicar el temor de la parte dependiente a perder su empleo si se niega a dar su consentimiento"[58]. Dentro del razonamiento de la Corte, no aplicó el principio de separabilidad al determinar que el nuevo contrato celebrado es nulo junto con la cláusula arbitral ya que es de naturaleza adhesiva y el demandado fue obligado a firmarlo por el miedo a perder su trabajo[59].

2.2.3. Dolo

Los Principios UNIDROIT, en su Artículo 3.2.3 mencionan:

> Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial[60].

Se trata de una maquinación fraudulenta provocada por una de las partes con el objetivo de crear en la mente de una persona, un móvil o razón para consentir en algo que en realidad no existe, que es ilusorio y pernicioso[61].

54 Bajaña Tovar, Fernando S. y González Morán, Paúl A. "La manifestación del consentimiento…". *Óp. cit.,* p. 58.
55 *Cfr.* Litvinoff, Saul. "Vices and Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion". *Lousiana Law Review* 50/1 (1989), pp. 82-84.
56 Bajaña Tovar, Fernando S. y González Morán, Paúl A. "La manifestación del consentimiento…". *Óp. cit.,* p. 50.
57 *Id.*, p. 60.
58 Corte de Apelación de Luisana. *Standard Coffee Serv. Co. vs. Babin.* Sentencia, 03 de junio de 1985.
59 *Cfr.* Corte de Apelación de Luisana. *Standard Coffee Serv. Co. vs. Babin.* Sentencia, 03 de junio de 1985.
60 Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010). Artículo 3.2.3.
61 *Cfr.* Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2015, p. 202.

El artículo 1474 del código civil prescribe que: "El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado"[62]. En el Ecuador se ha considerado que: "existe dolo cuando una de las partes induce a la otra a la celebración del pacto arbitral mediante el uso de cualquier medio engañoso, ya que si tales medios no se hubiesen presentado, la parte no habría convenido dicho pacto"[63].

Para determinar si en este vicio es admisible la aplicación del principio de separabilidad, es importante definir lo que se considera como maquinación fraudulenta. Este se refiere a: "actuaciones dirigidas intencionalmente a falsear ilegítimamente el resultado del proceso"[64]. Por consiguiente, no se puede decir que la maquinación fraudulenta es la misma tanto para el convenio base como para el convenio arbitral porque ambos producen un distinto resultado. En el primero, la maquinación fraudulenta tendría como objetivo que una parte se obligue a las prestaciones que son propias de la materia del contrato, por ejemplo, la producción de una carta falsa que atribuye mayor precio al objeto del contrato y es así, como dicha maquinación está dirigida a la entrega del precio y de la cosa[65]. Por otro lado, el dolo en el convenio arbitral tendría como objetivo que la parte acepte el arbitraje, existiendo de por medio una práctica fraudulenta que lo induce a someterse al mismo.

En el caso *Plama vs. Bulgaria*, resuelto por la Corte de Nueva York, se evidencia que el principio de separabilidad es aplicable puesto que la maquinación fraudulenta solamente vició al contrato de inversiones entre las partes más no al convenio arbitral. La Corte concluyó que tiene jurisdicción para conocer la cuestión de fondo y además que el contrato de inversión se había otorgado por medios fraudulentos, en violación de la ley Búlgara y en contra del principio de buena fe[66]. Además, en el caso *Markowits vs. Friedman*, la Corte concluyó: "los actos de engaño (fraude) afectan a la validez del convenio arbitral solo cuando se relaciona con la disposición de arbitraje en sí"[67].

De acuerdo a lo mencionado, el principio de separabilidad en caso del dolo por acción tiene que aplicarse puesto que la maquinación fraudulenta que se usa es distinta tanto para el convenio base y el convenio arbitral porque tienen objetivos y resultados distintos, siendo así que el dolo que indujo a la

62 Código Civil. *Eiusdem*. Artículo 1463.

63 Arízaga Guznay, María Alexandra. *La competencia o no del tribunal arbitral o árbitro frente a partes no signatarias en el proceso arbitral*. Tesis de grado. Universidad del Azuay, Cuenca, 2019, p. 136.

64 Real Academia de la Lengua Española. "maquinación fraudulenta". https://dej.rae.es/lema/maquinación-fraudulenta (acceso: 05/05/2019).

65 Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2015. p. 202.

66 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Plama vs. Bulgaria.* Laudo final, 8 de febrero de 2005.

67 Corte Suprema de Nueva York. Segunda División. *Markowits vs. Friedman.* Sentencia, 23 de noviembre de 2016.

parte a celebrar el convenio base no produce la nulidad del convenio arbitral y viceversa.

3. Consecuencias de las causales de nulidad de doble impacto en el arbitraje

Las causales de nulidad de doble impacto pueden incidir en sede arbitral dentro de los siguientes dos ámbitos: (i) en la competencia de los árbitros para decidir sobre la validez del convenio arbitral y (ii) en la denegación del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en materia de Arbitraje Internacional. A continuación, se tratará cada uno de ellos:

3.1. Los efectos de las causales de nulidad de doble impacto en la competencia de los árbitros

El principio de separabilidad guarda relación con el principio *Kompetenz-Kompetenz,* en virtud del cual, los árbitros tienen la facultad de decidir acerca de su propia competencia, incluyendo la validez del convenio arbitral[68]. Ambos principios favorecen la aplicación y la celeridad del arbitraje, pues como menciona Griegera Naón:

> […] si la impugnación del contrato significara simultáneamente la del acuerdo arbitral, hasta tanto esa impugnación sea definitivamente rechazada por la justicia estatal, los árbitros no podrían estimarse con jurisdicción suficiente para entender en la controversia y el proceso arbitral quedaría interrumpido[69].

Además, se menciona que:

> El propósito que anima este principio es evitar que una de las partes, arrepintiéndose del arbitraje pactado por no convenir a su estrategia de defensa, pueda manipular la situación para entorpecer el arbitraje y llevar a sede judicial la determinación de las cuestiones controvertidas que había acordado someter a arbitraje, eludiendo la común intención de prescindir de la intervención de los tribunales estatales[70].

Tomando en cuenta el objetivo del principio de separabilidad, el tribunal arbitral, antes de pronunciarse sobre la cuestión de fondo, realiza un análisis sobre la validez del convenio arbitral, pudiendo encontrar una nulidad que

68 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985). Artículo 16.
69 Grigera Naón, Horacio. "La autonomía del acuerdo arbitral". *Rev. La Ley* (1989), p. 1109.
70 Monestier, Tanya. *Nothing comes from nothing… or does it?. A critical reexamination of the doctrine of separability in American arbitration*. pp. 223 y ss. En: Caivano, Roque J. *El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene*. Derecho y Ciencias Sociales. (2015), p. 23.

haya sido contagiada por el contrato subyacente. Ante esta situación, Caivano nos propone las siguientes soluciones:

> [...] (a) Si se trata de una causal que es idónea para afectar igualmente la cláusula arbitral, comprobado ese extremo, los árbitros deberán declararse incompetentes, por faltar el elemento esencial del que deriva su jurisdicción (el consentimiento a someterse a arbitraje). Pero podrán hacerlo por el principio *kompetenz- kompetenz*, que permite quebrar la lógica de las cosas: los mismos árbitros, que derivan su autoridad únicamente de la cláusula arbitral, podrán decir que la cláusula es nula (y esa decisión será válida); (b) Si lo que se invoca es una causal que pueda afectar el contrato pero no la cláusula, entra a jugar el principio de la separabilidad, para permitir a los árbitros decidir que sí tienen jurisdicción porque hay una cláusula arbitral válida y exigible, aunque luego, en el laudo final, puedan decretar que no hubo contrato, o que éste no era válido. Si la causal que se invoca está únicamente referida a la cláusula arbitral, el principio de la separabilidad no juega ningún papel[71].

Para mayor entendimiento, el siguiente esquema ilustra las posibilidades propuestas que pretenden dar solución a la inaplicabilidad del principio de separabilidad frente a causales de nulidad de doble impacto:

Reglas de aplicación del principio de separabilidad		
Hipótesis	**Regla**	**Aplicación del principio de separabilidad: Sí/No**
Causal de nulidad que afecta a ambos contratos. (incapacidad, vicios de consentimiento)	Los árbitros se declaran incompetentes. Los árbitros no pueden declarar la nulidad del contrato subyacente.	No
Causal de nulidad que afecta al contrato subyacente y no al convenio arbitral	Los árbitros se declaran competentes. En el laudo arbitral se decide sobre la existencia y validez del contrato subyacente.	Sí
Causal de nulidad que afecta únicamente al convenio arbitral.	Los árbitros se declaran incompetentes.	No

Tabla 1. Reglas para la aplicación del principio de separabilidad.

71 Caivano, Roque J. "El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene". *Óp. cit.,* p. 30.

3.2. Inejecución del laudo arbitral a la luz de la convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras

Finalmente, en el ámbito del Arbitraje Internacional, la invalidez del convenio arbitral, se traduce a causales para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. El artículo V de la Convención de Nueva York prescribe:

> Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: *a)* Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable[72].

4. Consecuencias de las causales de nulidad de doble impacto en justicia ordinaria

En sede judicial, las soluciones que se plantean frente a las causales de nulidad de doble impacto son distintas. Una parte de la doctrina y jurisprudencia considera que el problema jurídico debe ser resuelto apegándose al principio *pro arbitri* ya que los jueces, frente a la excepción del convenio arbital, deben abstenerse de conocer la validez del mismo y por ello, se deberá ordenar el archivo de la causa. Otra postura sostiene que, ante la excepción del convenio arbitral, el juez debe proceder a analizar la validez del mismo con el fin de determinar si cabe remitir el asunto de fondo a arbitraje o si debe ser resuelto en justicia ordinaria y no debe limitarse a enviarla sin este análisis por el sólo hecho de que se invocó la excepción de convenio arbitral. A continuación, se pretende analizar las dos posturas que se presentan en la doctrina y jurisprudencia como soluciones a las causales de nulidad de doble impacto: (i) una solución apegada al principio *pro arbitri* y (ii) una solución alejándose del principio *pro arbitri.*

4.1. La solución de las causales de nulidad de doble impacto atendiendo al principio *pro arbitri*

Es imposible negar que el sistema arbitral ha logrado varios beneficios como método alternativo de solución de conflictos. Con el objetivo de no desconocer el sistema arbitral, se acude al principio *pro arbitri* que sostiene que: "en caso de duda [sobre la validez del convenio arbitral], el órgano judicial debe

72 Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958). Artículo V.

entender que el conflicto se encuentra en arbitraje"[73]. De esto se desprende que, ante una causal de nulidad de doble impacto, los jueces deben optar por "suponer la validez del acuerdo arbitral [ya que] el convenio arbitral se presume válido, por lo que debe remitir [al arbitraje] de inmediato"[74]. Por otro lado, "cualquier duda sobre la validez, eficacia o imposible ejecución del acuerdo arbitral debe ser resuelta a remisión"[75]. Es importante precisar que la legislación ecuatoriana ha adoptado dicha solución que se desprende del artículo 7 de la LAM: "En caso de duda [de la validez del convenio arbitral], el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje"[76]. En palabras de González de Cossío: "Ya tendrá oportunidad el juez de analizar la determinación del árbitro durante el juicio de nulidad"[77].

Cabe mencionar que dentro de la solución planteada, se menciona que únicamente en aquellos casos en los que existe una nulidad manifiesta, el juez puede pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral. A continuación, se expondrá la mencionada excepción al principio *pro arbitri* como solución a las nulidades de doble impacto.

4.1.1. Nulidad manifiesta

Ante el análisis de validez que se realiza, los jueces pueden evidenciar una nulidad manifiesta que afecta al contrato subyacente y al convenio arbitral. La nulidad manifiesta se refiere a aquella causal que se encuentre al descubierto de manera clara y patente, por ejemplo, aquel convenio firmado por un menor de edad[78]. Esta no es una figura jurídica contemplada en el sistema ecuatoriano pero lo es en ciertas legislaciones. En la legislación peruana, se permite que la nulidad pueda ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta, sin condicionar a que sea invocada por las partes[79]. La intervención autónoma del juez se justifica por cuanto con la nulidad *ex officio* se protegen intereses generales, o sea se protege el orden público sin sujeción a límites procesales, y la sentencia que declara la nulidad absoluta es de naturaleza puramente declarativa[80].

Dentro del problema jurídico, se puede concluir que las causales de nulidad de doble impacto que a su vez constituyen nulidad manifiesta son: los impú-

73 Jara, María Elena. "Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje: un análisis desde la perspectiva del principio favor *arbitralis*". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 3 (2011), p. 166.
74 González de Cossío, Francisco. *El Arbitraje al Derecho y al Revés*. Lima: Palestra Editores, 2020, p. 127.
75 *Ibíd.*
76 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 7. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.
77 González de Cossío, Francisco. *El Arbitraje al Derecho y al Revés*. *Óp. cit.,* p. 127.
78 *Cfr.* Ríos Pizarro, Carlos Augusto. "La nulidad 'manifiesta' del convenio arbitral: un caso de excepciones". *Ius et veritas* 48 (2004), pp. 323-324.
79 Torres Vásquez, Aníbal. "Nulidad declarada de oficio". *Revista Lex* XV/19 (2017), p. 130.
80 *Íbid.*

beres, los dementes y los sordos que no pueden darse a entender de manera verbal, escrita o por lengua de señas. De esto se desprende que los jueces al evidenciar que una de estas causales que migró del contrato subyacente al convenio arbitral, deben declarar la nulidad *ex officio* del contrato subyacente para posteriormente negar la validez del convenio arbitral y poder decidir el asunto de fondo.

4.2. La solución de las causales de nulidad de doble impacto alejándose del principio *pro arbitri*

Algunos autores mencionan que: "el juez no debe realizar mayor análisis sobre la validez del convenio arbitral, toda vez que ello corresponde a los propios árbitros en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*"[81]. Sin embargo, esta postura sostiene que el efecto negativo de tal principio, que consiste en la exclusión de los jueces para conocer una controversia, tiene como condición que las partes hayan celebrado el convenio arbitral válidamente[82]. Por lo tanto, frente al problema jurídico planteado con respecto a las causales de nulidad de doble impacto, se propone que, ante la excepción del convenio arbitral, el juez debe proceder a analizar la validez del mismo con el fin de determinar si cabe remitir el asunto de fondo a arbitraje o si debe ser resuelto en justicia ordinaria y no debe limitarse a enviarla sin este análisis por el sólo hecho de que se invocó la excepción de convenio arbitral[83].

Países como Estados Unidos afirman la necesidad de un control judicial del convenio arbitral previo a su remisión[84]. Dentro de este punto, su jurisprudencia menciona que los jueces deben escuchar a las partes para determinar la validez del convenio arbitral, como se explica a continuación.

4.2.1. La facultad de los jueces de escuchar a las partes para determinar la validez del convenio arbitral

Como se mencionó anteriormente, el caso *PrimaPaintCorp. vs. Flood & Conklin Manufacturing Co*, junto con el principio de separabilidad, han sido criticados por la doctrina y jurisprudencia. El mismo juez que emitió el voto disidente del caso explicó que:

81 Ríos Pizarro, Carlos Augusto. "La nulidad 'manifiesta' del convenio arbitral: un caso de excepciones". *Ius et veritas* 48 (2004), p. 319.

82 *Cfr*. Santistevan de Noriega, Jorge. "Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva Ley Peruana". *Revista Peruana de Arbitraje* 7 (2008), p. 95.

83 Curtin, Zeb Michael. "Rethinking Prima Paint Separability in Today's Changed Arbitration Regime: The Case of Inseparability and Judicial Decisionmaking in the Context of Mental Incapacity Defenses". *Iowa Law Review* 90 (2004), p. 1912.

84 *Cfr. Ibíd.*

> […] si se aplica el principio de separabilidad para remitir la cuestión de fondo a arbitraje, a pesar de que exista una causal de nulidad que afectó a ambos contratos, los árbitros carecerían de autoridad, toda vez que la competencia para decidir la controversia nace del contrato válidamente celebrado[85].

Por lo tanto, la preocupación del juez sobre la decisión de la mayoría, es que se permitió que un árbitro tenga la autoridad de decidir sobre cuestiones de derecho cuando no estaba claro que alguna vez gozaba de dicha autoridad debido a que el contrato en su totalidad es inválido[86]. Por ello, se propone que los jueces no deben remitir la controversia a sede arbitral mientras la existencia o validez del contrato se encuentre en discusión, tal como lo establece la doctrina:

> […] el tribunal debe escuchar a las partes para determinar la existencia y validez del convenio arbitral [siendo innegable la posibilidad que se resalten cuestiones del fondo de la controversia] y una vez que esté convencido de que el acuerdo de arbitraje no está en discusión, el tribunal remitirá el asunto a arbitraje. Por el otro lado, si una causal de nulidad migra del contrato subyacente al convenio arbitral, la cuestión de fondo debe ser resuelta por los jueces[87].

En este sentido, cierta parte de la doctrina establece que el principio de separabilidad no es aplicable cuando la formación del contrato principal está en discusión y que esto permite a los jueces entrar a estudiar la validez del convenio escuchando a las partes las alegaciones de la falta de consentimiento y nulidad del contrato principal y del convenio arbitral[88]. En el caso *Sandvik AB vs. Advent International Corp*, la Corte sostuvo que:

> […] cuando el contrato subyacente es nulo, por ejemplo, cuando la parte signataria no ostenta autoridad para firmar o por incapacidad mental o minoridad, la decisión sobre la validez del contrato principal [que afectará al convenio arbitral] no recae sobre el tribunal arbitral sino sobre los jueces[89].

5. Conclusión

El presente trabajo ha pretendido demostrar que el principio de separabilidad resulta insuficiente para aquellas causales de nulidad que pueden perfectamente migrar del contrato subyacente al convenio arbitral; a estas últimas se las denomina causales de nulidad de doble impacto. Para corroborar aquello,

85 Corte Suprema de los Estados Unidos. *PrimaPaintCorp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.* Sentencia, 12 de junio de 1967.

86 Cfr. Curtin, Zeb Michael. "Rethinking Prima Paint Separability in Today's Changed Arbitration Regime …". *Óp. cit.,* p. 1917.

87 Traducción Libre. Ware, Stephen J. "Employment Arbitration and Voluntary Consent". *Hofsta Law Review*, 25 (1996), p. 130.

88 *Id.*, p. 133.

89 Corte de Apelación de los Estados Unidos. Tercer Circuito. *Sandvik AB vs. Advent International Corp.* Sentencia, 27 de abril de 2000.

se procedió a analizar lo siguiente: (i) las causales de nulidad contempladas en la legislación ecuatoriana, a fin de determinar si constituyen causales de nulidad de doble impacto y (ii) las consecuencias jurídicas que se desprenden en la competencia de los árbitros y los jueces ante la presencia de dichas causales.

En primer lugar, se puede concluir que la incapacidad absoluta constituye una causal de nulidad de doble impacto debido a que el acto volitivo para la aceptación del convenio subyacente y del convenio arbitral provienen del mismo sujeto incapaz. Además, no es aplicable el principio de separabilidad a la incapacidad relativa en aquellos casos en los que se haya ratificado el contrato principal que contiene un convenio arbitral sin ostentar la facultad de representación, pues como se observó, la jurisprudencia y la doctrina consideran un ataque a ambos contratos.

Por el otro lado, se analizaron los vicios de consentimiento dentro de los cuales se concluye que el error se ha evidenciado en ciertos contratos de adhesión porque, según la doctrina, los términos y condiciones no son negociados por las partes incluyendo el convenio arbitral de forma que la parte se remitirá a aceptar el contrato en su totalidad. Con respecto al error del objeto del contrato, se determinó que el principio de separabilidad es aplicable y por ende, no constituye una causal de nulidad de doble impacto ya que la parte signataria puede tener conocimiento adecuado del objeto en discusión del convenio arbitral pero una equívoca apreciación del objeto del contrato subyacente. Dicho razonamiento aplica de igual forma para el dolo puesto que si los objetos del contrato son distintos, la maquinación fraudulenta utilizada será distinta. Sin embargo, no sucede aquello con la fuerza que si constituye una causal de nulidad de doble impacto al ser el contrato principal considerado nulo *ab initio* junto con la cláusula arbitral.

Un problema evidente que surge de la presente investigación, es que la jurisprudencia ecuatoriana aplica el principio de separabilidad en aquellos casos en los que la voluntad de ambos contratos fue producto de presión ilegítima y concluyó que la nulidad del contrato no afectaría el derecho de las partes de someter sus diferencias a los árbitros, incluyendo la nulidad del contrato principal. Dicho razonamiento se contrapone con las reglas de aplicación del principio de separabilidad que se propone, pues como se observó, ante una causal de nulidad que afecta a ambos contratos, los árbitros deben declararse incompetentes y no pueden declarar la nulidad del contrato subyacente[90]. Por ello, si se sigue aplicando el principio de separabilidad aun existiendo las causales de nulidad de doble impacto, los árbitros carecerían de autoridad para pronunciarse sobre el fondo de la controversia, toda vez que la competencia para decidir la controversia nace del contrato válidamente celebrado.

90 Caivano, Roque J. "El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene". *Óp. cit.,* p. 30.

En segundo lugar, frente al problema jurídico de la insuficiencia del principio de separabilidad, se analizaron las consecuencias jurídicas que se derivan en la competencia de los árbitros y de los jueces con el objetivo de establecer propuestas que solventen el problema. En sede arbitral, ante una causal de nulidad de doble impacto, los árbitros deben proceder a declararse incompententes para decidir la cuestión de fondo del litigio y esa declaración será válida por el principio *kompetenz-kompetenz*. Por otro lado, si se inicia el proceso en sede judicial, ante la excepción del convenio arbitral, se propusieron dos soluciones ofrecidas en la doctrina y jurisprudencia. La primera atiende al principio *pro arbitri* toda vez que menciona que ante la duda de la validez del convenio arbitral, el juez debe remitir el asunto a arbitraje. La misma ha sido contemplada en la legislación ecuatoriana, en el artículo 7 de la LAM. Cabe mencionar que dentro de dicha solución, se plantea como excepción a la nulidad manifiesta ya que, en ese caso, el juez podrá pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral.

Por otro lado, la segunda solución se aleja del principio *pro arbitri* pues establece que el juez debe entrar a analizar la validez del convenio arbitral y una vez que ya no exista duda del mismo, remitir el asunto a arbitraje. Además, si evidencian una causal de nulidad de doble impacto, corresponde a los jueces declarar la nulidad de ambos contratos. Con ello, esta postura propone desvirtuar lo que parte de la doctrina establece, esto es, que el juez no debe realizar mayor análisis sobre la validez del convenio arbitral, toda vez que ello corresponde a los propios árbitros. Según la postura, la razón de la facultad de los jueces para decidir sobre la validez del convenio arbitral antes de remitir la cuestión de fondo a arbitraje, es evitar que los árbitros tengan la competencia de decidir cuestiones de derecho que nacieron de un convenio arbitral y un contrato principal nulo.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La honra versus la libertad de expresión en redes sociales: mecanismo de determinación de daño moral ante la colisión de derechos humanos

Honor Versus Freedom of Speech on Social Networks: A Mechanism for Determining Moral Damage in the Face of a Human Rights Collision

Emilia Soledad Bonilla Manotoa*
María Victoria Vergara Caicedo**
Camila Santamaría Viteri***

Recibido / Received: 17/02/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1680

Citación:
Bonilla Manotoa, E. S., M. V. Vergara Caicedo, y C. Santamaría Viteri. «La honra versus la libertad de expresión en redes sociales: mecanismo de determinación de daño moral ante la colisión de derechos humanos». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 183-201, doi:10.18272/ulr.v7i1.1680.

---

* Investigadora independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: ebonilla@estud.usfq.edu.ec; es.bonilla@outlook.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-1374-1145

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mvvergara@estud.usfq.edu.ec; vicky.mvvc@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-8111-1487

*** Fundación Desarrollo y Bienestar Integral (DBI), Vicepresidenta, calle Juana Atabalipa 8-104, Ibarra 100150, Imbabura, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: csantamariav@estud.usfq.edu.ec; custicia97@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-0458-0471

Resumen

Este estudio analiza el elemento de la antijuridicidad en las publicaciones en redes sociales, como hechos que ocasionan una afectación a la honra y al buen nombre, y consecuentemente podrían causar daño moral. Inicialmente se distingue el hecho antijurídico del hecho ilícito, como elemento necesario para que se configure el daño. El discurso o la opinión analizada deben cumplir con requisitos determinados por estándares internacionales de derechos humanos en materia de libertad de expresión, para determinar si el hecho es antijurídico o no. En este caso el estándar consiste en un test tripartito y la perspectiva sistémica digital para así verificar la existencia de un hecho antijurídico que constituya un daño moral a resarcir. De igual manera se diferencia brevemente la naturaleza entre las publicaciones originadas por su autor y aquellas en las que quien realiza el acto solamente comparte el contenido creado por una tercera persona. En este trabajo se evidencia la falta de aplicación de estándares de derechos humanos en la calificación del daño, y sus consecuencias perniciosas en la administración de justicia en el Ecuador. Con este análisis el juzgador podrá determinar la naturaleza del acto para poder condenar al demandado a reparar daños o desechar la demanda que alega los mismos.

Palabras Clave

Derecho de daños; libertad de expresión; derecho al honor y buen nombre; redes sociales; daño moral; antijuridicidad; test tripartito de restricción de derechos; perspectiva sistémica digital

Abstract

This study analyzes the element of unlawful act in social media posts as events that cause an affectation to the right of honor and good name and could consequently cause moral damage. Initially, the unlawful act is distinguished from the wrongful act, as a necessary element for the damage to be configured. The speech or opinion analyzed must comply with requirements determined by international human rights standards regarding freedom of speech, in order to determine whether the act is unlawful or not. In this case, the standard consists of a tripartite test and the digital systemic perspective in order to verify the existence of an unlawful act that constitutes moral damage to be compensated. Similarly, the nature is briefly differentiated between the publications disseminated by its author and those in which the person who performs the act only shares the content created by a third person. This article evidences the lack of application of human rights standards in the classification of the damage and its pernicious consequences in the administration of justice in Ecuador. With this analysis, the judge will be able to determine the nature of the act in order to convict the defendant to repair damages or dismiss the alleged claim.

Keywords
Tort law; freedom of speech; right to honor and reputation; social networks; moral damages; unlawfulness; tripartite restriction of rights test; digital systemic perspective

1. Introducción

Con el fin de abordar desde una perspectiva diferente un tema que ha sido analizado siempre desde la óptica civilista, como es la responsabilidad civil extracontractual por daño moral; es preciso considerar la visión de los estándares generados desde el estudio del derecho internacional de los derechos humanos. Este análisis permitirá establecer que las controversias del derecho de daños requieren de un examen más profundo que permita proteger los derechos humanos de las partes en litigio, así como generar jurisprudencia vinculante que no contravenga ni la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) ni el bloque constitucional que la conforma.

La doctrina en el ámbito civil tradicionalmente ha determinado que con el fin de establecer cualquier tipo de responsabilidad civil extracontractual, en un caso concreto, es preciso que se cumplan los siguientes elementos: i) existencia del daño; ii) hecho antijurídico; iii) nexo causal; y iv) culpabilidad[1]. Este artículo se centrará en el elemento del hecho antijurídico, dado que este es el que se considera determinante para la identificación de un caso de daño moral, pues de no poder probar su existencia, no se podría atribuir una responsabilidad de carácter civil y, por ende, tampoco una sanción de tipo pecuniaria. Toda vez que el principio *in re ipsa*[2] suple el requisito de prueba de la existencia del daño, mas no la del hecho antijurídico.

Es importante analizar el hecho antijurídico como una afectación a los derechos a la honra y buen nombre de una persona, en un posible caso de daño moral ocasionado por el ejercicio a la libertad de expresión a través de una plataforma de Internet, tal y como las redes sociales. Estas consideraciones en el análisis realizado por los jueces, influyen no solamente en el resultado de una sentencia motivada en sede nacional, sino también previenen una posible responsabilidad internacional en materia de derechos humanos, al Estado ecuatoriano.

La CRE, así como el bloque de constitucionalidad, reconocen la importancia que tanto el derecho a la libertad de expresión, como el derecho a la honra,

1 Ponce Martínez, Alejandro. "Responsabilidad Civil Extracontractual". *Revista de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión* No. 5 (2015), pp. 77-103.

2 La traducción es "la cosa habla por sí misma". Este principio se aplica en el derecho moral, en cuanto debe probarse la existencia del hecho antijurídico, más no del daño. Esto ocurre debido a que es muy difícil probar la existencia del daño moral *per se,* porque esto afecta al fuero interno de la persona.

tienen como derechos humanos de igual jerarquía, interdependientes y universales; sin embargo, en la observación del caso concreto pueden verse como contrapuestos, ya que ninguno de los dos derechos es absoluto. Por lo que, de requerirse una restricción de derechos, esta debe ser amparada por el test tripartito de limitación, que determinará si la restricción es legal, legítima y necesaria en una sociedad democrática, de conformidad con el criterio establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) a través de su jurisprudencia. Al respecto, cabe mencionar que en supuestos en los que el contenido es difundido o compartido en línea, la implementación de la perspectiva sistémica digital como cuarto requisito, resulta relevante. Cabe señalar que este trabajo únicamente se enfocará en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) debido a su cercanía con Ecuador.

En consecuencia, si bien el derecho del emisor a la libre expresión en internet no constituye un hecho antijurídico *per se*, si se determina que tras realizarse el test tripartito de restricción de derechos y el análisis de la perspectiva sistémica digital, la limitación no cumple con estos requisitos; no existiría un hecho antijurídico. A *contrario sensu*, habría un hecho antijurídico si la restricción cumple con los tres requisitos del mencionado test, ya que éste presupone que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión fue abusivo. De aquí en adelante, el juzgador deberá analizar los demás elementos del daño para determinar si existe o no responsabilidad civil extracontractual por daño moral.

2. Bienes jurídicos tutelados

2.1. Libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión "[a]sí como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias"[3]. Este es un derecho humano que ha variado en su contenido y restricción conforme a los cambios en la sociedad y el entorno en el que se ejerza. El derecho a la libertad de expresión es una herramienta para el adecuado funcionamiento de las sociedades democráticas. El sistema en el que nos desenvolvemos como sociedad está diseñado para autorregularse entre iguales. Esta igualdad permite que cualquiera de sus miembros pueda emitir criterios y someterlos al escrutinio de los otros.

De acuerdo con la Corte IDH, la importancia de la libertad de expresión tiene una triple función en un sistema democrático: como derecho indivi-

3 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, 1985. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf (acceso: 10/12/2019).

dual, como canal de expresión democrático y como herramienta clave para el ejercicio de otros derechos. La primera función hace alusión a "la virtud única y preciosa de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de comunicarnos con los otros para construir, a través de un proceso deliberativo, no solo el modelo de sociedad en la cual queremos vivir"[4]. En segundo lugar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en sus informes y la Corte IDH en su jurisprudencia, han subrayado que la importancia de la libertad de expresión dentro del catálogo de los derechos humanos "se deriva también de su relación estructural con la democracia"[5]. Y, finalmente, la libertad de expresión constituye un presupuesto fundamental que permite ejercer otras libertades esenciales, por ello la CIDH ha determinado que "la carencia de libertad de expresión es una causa que contribuye al irrespeto de los otros derechos humanos"[6].

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), en su artículo 13, numeral 1, reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y que este derecho comprende "la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección"[7].

En ese sentido, el derecho a la libre expresión ha sido positivado en nuestro ordenamiento jurídico en el numeral 6 del artículo 66 de la Constitución vigente dentro de la sección correspondiente a los derechos a la libertad[8].

En este sentido, dado que la CRE en su artículo 11, establece el principio de aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías previstos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (incluyendo la interpretación de los órganos autorizados), los cuales deberán ser observados "por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte [...]"[9], cabe la utilización simultánea y complementaria de la terminología e interpretación vinculantes que hayan sido proporcionadas por los organismos internacionales correspondientes. Por otro lado, en normativa de menor jerarquía, el artículo 17 de la Ley Orgánica de Comunicación (en adelante LOC) establece que[10] "[t]odas las personas tienen derecho a expre-

4 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*, 2010. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf (acceso: 23/11/2019).

5 *Id.,* p. 3.

6 CIDH. *Informe No. 38/97. Caso No. 10.548*. Informe, 16 de octubre de 1997, párr. 72.

7 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13.

8 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 448 octubre de 2008.

9 Constitución de la República del Ecuador… *Eiusdem*. Artículo 11.

10 Aun cuando contamos con la definición de la Ley, el artículo 4 de este mismo cuerpo normativo excluye de su regulación expresamente los contenidos personales publicados en Internet. Por lo que esta definición es válida en un sentido académico, pero las sanciones que se establecen en este cuerpo normativo no lo son para el caso que se propone en esta investigación, como se analizará posteriormente.

sarse y opinar libremente de cualquier forma y por cualquier medio, y serán responsables por sus expresiones de acuerdo a la Ley”[11].

En esta línea, la LOC en su versión original le otorgaba, de forma desproporcionada, la competencia a la Superintendencia de Información y Comunicaciones (en adelante SUPERCOM) de sancionar las prácticas que podrían poner en riesgo el ejercicio de los derechos a la comunicación[12]. Para la aplicación de esta potestad, la SUPERCOM emitió el Instructivo para la Aplicación del Procedimiento Sancionador por infracciones a disposiciones de la Ley Orgánica de Comunicación. Dicho instructivo, entre otras consideraciones, establece en su artículo 11 que, en caso de tratar infracciones de oficio se debía presentar un informe jurídico por parte de la Intendencia Nacional de Gestión Preventiva y Asesoría, que sustente “[...] la determinación del derecho presuntamente vulnerado, el daño causado o la obligación que se considere incumplida”[13]. De esta norma se colige que el hecho antijurídico es la infracción a los derechos y obligaciones previstos en la LOC, por lo cual este ente sancionador debió constatar la existencia de los elementos de conformación del daño para así ordenar el pago por concepto de sanción pecuniaria.

Este ente sancionador y sus facultades se extinguieron mediante reforma a la Ley el 20 de febrero de 2020[14]. Por lo que, actualmente en Ecuador ya no existe el procedimiento sancionatorio de carácter administrativo. No obstante, de acuerdo con el artículo 49 de la LOC, el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación (en adelante CORDICOM) tiene la potestad de regular y dar seguimiento a los contenidos de los diferentes medios de comunicación, mas no de sancionar estas conductas[15]. Esto se evidencia a través de los exhortos que emite, en los que no se ordenan medidas punitivas o resarcitorias de ninguna naturaleza, sino que se recomienda la implementación de buenas prácticas.

Con la finalidad de establecer completitud en el esquema de protección de este derecho, la normativa de jerarquía legal ha establecido sanciones definidas a su violación. En Ecuador es delito restringir la libertad de expresión, de conformidad con el artículo 183 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP): “La persona que, por medios violentos, coarte el derecho a la libertad de expresión, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años”[16].

11 Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 17. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.
12 *Eiusdem*. Artículo 57.
13 Resolución de la Superintendencia de la Información y Comunicación No. 11. Artículo 11. Registro Oficial No. 368 de 15 de noviembre de 2018.
14 Ley No. 0. Artículo 56. Registro Oficial Suplemento 31 de 7 de Julio del 2017.
15 Ley Orgánica de Comunicación... *Eiusdem.* Artículo 49.
16 Código Orgánico Integral Penal. Artículo 183. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 febrero de 2014.

En este sentido, la CIDH y la Corte IDH también han considerado: (i) que ciertas formas de limitación de la libertad de expresión son inadmisibles y, (ii) que algunos tipos de limitaciones, por el tipo de discurso sobre el cual recaen o por los medios que utilizan, se deben sujetar a un examen más estricto y exigente para ser válidas bajo la Convención Americana.

De acuerdo con el artículo 13 de la CADH, existen diferentes tipos de categorías en los que se pueden enmarcar los discursos[17]. Por una parte, se encuentran los especialmente protegidos que tienen un amparo especial debido a su importancia respecto a la salvaguarda de los derechos humanos. Estos son: "(a) el discurso político y sobre asuntos de interés público; (b) el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; y (c) el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa"[18] [19]. Y, de otra parte, el mismo instrumento establece de manera expresa los discursos prohibidos, a saber "la propaganda de la guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia; la incitación directa y pública al genocidio y la pornografía infantil"[20].

Al respecto cabe recordar que para Frank La Rue, Subdirector General para la Comunicación e Información de la UNESCO, la noción de discurso de odio está planteada erróneamente ya que debería ser visto como un discurso de incitación al odio "en el sentido de la incitación a un acto de agresión hacia otra persona o grupo de personas"[21]. En otras palabras, debe concurrir la intención de dañar y "la intención deliberada de incitar a otras personas a dañar"[22].

2.2. La honra

En su obra, Felipe Rodríguez Moreno establece que existen pocas cosas tan ambiguas como el derecho al honor[23], pues no existe consenso respecto a su alcance y contenido. No obstante, la Corte IDH en el caso Tristán Donoso señaló la diferencia entre la honra y el honor, afirmando que "el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona"[24]. En otras palabras, algu-

17 Convención Americana sobre Derechos Humanos... *Eiusdem*. Artículo 13.

18 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marco Jurídico*…. *Óp. cit.,* p. 22.

19 Esto protege específicamente a aquellos discursos con contenido cultural religioso, expresión de género y orientación sexual.

20 Convención Americana sobre Derechos Humanos...*Eiusdem*. Artículo 13. 5.: "Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

21 La Rue, Frank. *Estándares internacionales de libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina,* 2017. http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37048.pdf (acceso: 23/11/2019).

22 *Ibíd.*

23 Rodríguez Moreno, Felipe. *Manual de delitos contra el honor y libertad de expresión.* Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2017, p. 29.

24 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá.* Sentencia sobre la excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 27 de enero de 2009, párr. 57.

nos tratadistas consideran que el honor se restringe a una apreciación subjetiva propia de la persona y la honra o reputación a un ámbito más objetivo, sujeto a una valoración externa[25]. Para efectos prácticos, la Real Academia de la Lengua Española ha definido a la honra como la "[e]stima y respeto de la dignidad propia"[26] o la "[b]uena opinión y fama adquiridas por la virtud y el mérito"[27].

El derecho a la honra y el buen nombre, se encuentran amparados en el art. 66, numeral 18 de la CRE. En concordancia, el artículo 11 de la CADH reconoce que "toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad" y por tanto tiene el derecho a la protección de la ley contra injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, y de ataques ilegales a su honra o reputación. La Corte IDH ha determinado que este artículo "se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todos los individuos deben ser tratados como iguales"[28].

3. La responsabilidad civil extracontractual del daño moral

3.1. La responsabilidad civil

El artículo 2214 del Código Civil dispone que "[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito". El tratadista Javier Tamayo Jaramillo ha definido a la responsabilidad civil como "la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que, con esa conducta ilícita, ha producido a terceros"[29], la que por tanto tiene como objeto el resarcimiento del daño ocasionado a la víctima (no necesariamente económico).

En ese sentido, la responsabilidad civil se divide en contractual y extracontractual, lo que gran parte de la doctrina clásica sostiene que conlleva regímenes jurídicos diferentes. Esto en la medida en que la responsabilidad civil contractual deviene de un vínculo contractual pre existente, es decir, una obligación que nace de un contrato celebrado con anterioridad, cuyo incumplimiento genera la obligación de, o bien cumplir las obligaciones acordadas, o indemnizar.

25 Pfeffer Urquiaga, Emilio. *Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información*. Talca: Ius et Praxis, 2006, p. 468.
26 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Madrid, España: Autor, 2001.
27 *Ibíd.*
28 Corte IDH. *Caso I.V. vs Bolivia*. Sentencia sobre las excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 30 de noviembre de 2016, párr. 149.
29 Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civi*l, TI. Bogotá: Legis, 2007, p. 20.

Por otro lado está la responsabilidad civil extracontractual, en la cual "no hay obligación previa entre las partes, sino que es justamente el hecho ilícito el que genera la obligación de resarcir"[30]. Al respecto, se pueden destacar la presunción de la culpa y su gradación en la responsabilidad contractual, la limitación de la extensión de las obligaciones de reparar, los plazos de prescripción de las acciones; entre otras.

3.2. Responsabilidad civil extracontractual

Ahora bien, como se acotó anteriormente, en este tipo de responsabilidad civil la obligación de indemnizar nace del cometimiento del hecho antijurídico. En este sentido, Yzquierdo Tolsada aclara que "la violación no lo es de una previa relación obligatoria, sino del genérico deber de conducta de no dañar a los demás (*alterum non laedere*)"[31]. Entonces, es en el deber general de no dañar, también conocido como *alterum non laedere*, donde cobra sentido la razón de ser de la responsabilidad civil extracontractual. El deber general de no dañar está positivado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano en el artículo 2229 del Código Civil[32], por lo que faltar a este deber podría configurar un hecho antijurídico.

3.3. Daño moral

Tradicionalmente se ha visto al daño moral como aquel sufrimiento moral o físico no apreciable en dinero, generado por el acontecimiento de un hecho. Este, por su naturaleza es de carácter extrapatrimonial, y puede tener origen contractual o extracontractual. En otras palabras, Gil Barragán Romero lo define como una "alteración [que] consiste en padecimientos que perturban el ritmo normal de vida del damnificado y, como consecuencia, producen un modo de estar anímicamente perjudicial, diferente de aquel en que la persona se hallaba anteriormente"[33]. En la misma línea, el artículo 2231 del Código Civil, hace mención a que "las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral"[34]. Esta norma genera el derecho a reclamar al perpetrador del daño, una reparación.

No obstante, en términos probatorios es difícil corroborar esta clase de daño ya que, "[u]na característica del daño moral es que se evidencia por el hecho

30 Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011 p. 2.
31 Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Madrid: Editorial Reus, 1993, p. 80.
32 Código Civil. Artículo 2229. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
33 Barragán Romero, Gil. *Elementos del daño moral* (3a. ed.). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 62.
34 Código Civil... *Eiusdem.* Artículo 2231.

del ataque a la persona en alguno de los intereses jurídicamente protegidos"[35]. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, determinó que "para las lesiones del espíritu rige el principio *in re ipsa*", lo cual quiere decir que solo se deberá probar el hecho [antijurídico] que ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos[36].

Ahora bien, el ejercicio de la libertad de expresión *per se* no necesariamente genera daños directos o indirectos sobre la persona natural o jurídica a la que se haga referencia en la manifestación de la opinión. No obstante, si se ocasiona un daño es preciso determinar claramente a qué esfera afectó: a la patrimonial o a la extrapatrimonial. Si existe una afectación extrapatrimonial, se trataría de una violación a los derechos de la personalidad, especialmente al derecho a la honra, ocasionando de esta manera un daño moral. Y, que si bien Enrique Barros considera que los daños morales son perjuicios inconmensurables en dinero, porque no existe mercado para la vida, la salud o el honor[37]; no implica que no merezcan algún tipo de compensación ya sea pecuniaria o de otra naturaleza.

Tampoco se excluye que, con ocasión de una opinión, una persona pueda sufrir un detrimento o menoscabo patrimonial; en este supuesto, resultaría más adecuado demandar por concepto de indemnización de daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante).

4. El hecho antijurídico como elemento del daño moral

De acuerdo con Jorge Bustamante Alsina, "el acto ilícito consiste en una infracción a la ley que causa daño a otro y que obliga a la reparación a quien resulte responsable en virtud de imputación o atribución legal del perjuicio"[38]. Adicionalmente, adecuando a la doctrina nacional este caso, Alejandro Ponce Martínez complementa el concepto estableciendo que "[...] el hecho, para ser ilícito, debe, al menos, violar principios de justicia [...]"[39]. Cabe recalcar que esta violación puede tener carácter activo o pasivo según sea el caso de la norma contravenida[40].

La ilicitud del hecho hace referencia a la expresa violación de una norma del ordenamiento jurídico y la antijuridicidad a la contravención del orde-

35 Barragán Romero, Gil. *Elementos del daño moral (3a. ed.)... Óp. cit.* p. 99.
36 Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8, p. 2295. Sentencia, 17 de abril de 2002.
37 Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 288.
38 Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1997, p. 87.
39 Ponce Martínez, Alejandro. *Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos.* Quito: Dirección de Publicaciones de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, 2015, p. 82.
40 Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil… Óp. cit,.* p. 190.

namiento jurídico como un todo. En contraste con este criterio, en el caso Rafael Correa contra Banco Pichincha, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia hace referencia a que para la determinación del daño se requiere la prueba de un hecho ilícito, sin distinguir este concepto del de hecho antijurídico[41], por lo que se podría entender que el juzgador los utiliza como sinónimos. En este artículo se abordará al hecho antijurídico de forma separada al de ilicitud, ya que se considera que este elemento observa a la contravención al ordenamiento jurídico de forma sistémica, más no como la sola infracción a una norma específica.

El artículo 426 de la CRE establece que "todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución"[42] y que los derechos "consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación"[43] en concordancia con el artículo 11.3 de la misma norma suprema. Esto quiere decir que, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano está contemplado el bloque de constitucionalidad definido por la Corte Constitucional como "[el] conjunto de normas que no constando expresamente dentro de las normas positivas de la Constitución formal, forman parte de esta porque es la propia Constitución la que reconoce ese rango y rol, en virtud del más alto valor del Estado, la protección de la dignidad humana"[44].

Asimismo, la Corte Constitucional ha reconocido que "los estándares internacionales creados por los instrumentos de derechos humanos a los que el Ecuador se encuentra obligado, son parte de nuestro bloque de constitucionalidad"[45]. A su vez, esto implica la consideración del control de convencionalidad que todo juez de un Estado Parte está obligado a realizar, con el fin de "velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos"[46]. Por lo tanto, los parámetros establecidos por la CADH, forman parte del ordenamiento jurídico y su contravención configuraría un hecho antijurídico.

Con estos antecedentes, en materia de responsabilidad civil, en Ecuador resulta importante determinar la antijuridicidad o la ilicitud del hecho, a fin de establecer si se configuran los elementos de la responsabilidad civil extracontractual. La expresión u opinión proferida debe ser un hecho antijurídico y por lo tanto contravenir al ordenamiento jurídico (bloque de constitucio-

41 Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. *Causa No. 946-2009-SR.* Sentencia, 13 de septiembre de 2012.
42 Constitución de la República del Ecuador... *Eiusdem.* Artículo 426.
43 *Eiusdem.*
44 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 004-14-Scn-Cc*. Sentencia, 20 de agosto de 2014.
45 Corte Constitucional del Ecuador.*Sentencia No. 005-17-Scn-Cc.* Sentencia, 9 de agosto de 2017.
46 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia sobre las excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

nalidad). Caso contrario, si se sanciona penal, civil o administrativamente el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por haber ocasionado un daño que no necesariamente constituye un hecho antijurídico, como por ejemplo la difusión (crear o compartir) de una opinión respecto a una figura pública; podría constituir una restricción ilegítima a la libertad de expresión.

4.1. Test tripartito

En este apartado se realizará un análisis del test tripartito que se debe aplicar para determinar si es justificable o no una restricción a la libertad de expresión, dado que tanto la CIDH como la Corte IDH han considerado que existen formas de limitación de este derecho que son inadmisibles y que "algunos tipos de limitaciones, por el tipo de discurso sobre el cual recaen o por los medios que utilizan, se deben sujetar a un examen más estricto y exigente para ser válidas bajo la Convención Americana"[47].

La Corte IDH ha reconocido la necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, en relación con una posible afectación por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión. En el caso Kimel vs. Argentina, determinó que para el efecto se deben observar los límites fijados por la propia CADH en el artículo 13.2 y también ha establecido que existen requisitos para que una restricción en materia de libertad de expresión sea permisible. Asimismo, frente a ataques a la honra, el Estado debe propiciar medios judiciales para que el afectado pueda exigir su protección[48]. En este sentido

> […] la jurisprudencia interamericana ha desarrollado un test tripartito para controlar la legitimidad de las limitaciones, en virtud del cual estas deben cumplir con una serie de condiciones precisas para ser admisibles bajo la Convención Americana [sobre Derechos Humanos][49].

En primer lugar, la restricción debe estar previamente fijada en una ley; debe responder a un objetivo permitido por la CADH como, por ejemplo: "respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas"[50] y finalmente deben ser "necesarias en una sociedad democrática"[51]. Al respecto cabe mencionar que, de acuerdo con Daniel Caballero, es indispensable que el test de restricción a la libertad de expresión en línea, incluya el elemento de perspectiva sis-

47 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marco Jurídico… Óp. cit.,* p. 22.
48 Corte IDH. *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*. Sentencia sobre la excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 30 de agosto de 2019, párr. 107.
49 CIDH. *Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III, Marco jurídico interamericano del derecho a la libertad de expresión*. Informe, 30 de diciembre de 2009, p. 396.
50 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, de 19 de septiembre de 2006, párr. 90.
51 *Id*., párr. 91.

témica digital[52], la que se entiende como "todas las condiciones de legitimidad a la luz de las características propias y especiales de Internet y desde la perspectiva de su impacto en el funcionamiento de la red"[53], ya que esta limitación podría tener una repercusión significativa en el grupo afectado por la medida.

Con respecto al primer requisito la Corte IDH ha definido a la ley como "una norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado"[54]. En el caso ecuatoriano, esta ley resultaría del proceso legislativo previsto en la CRE. Si bien el Ecuador cuenta con una Ley Orgánica de Comunicación, la misma prescribe en su artículo 4 que los contenidos (información u opinión) personales que se emitan a través del internet no serán regulados por esta Ley; sin embargo, esto no excluye las acciones penales o civiles a las infracciones a otras leyes que se cometan a través del Internet[55]. Lo que implicaba que, en teoría, aun cuando la SUPERCOM tenía la potestad de sancionar, no podía conocer casos relacionados con contenido, información u opinión en plataformas de internet, ni de oficio o a petición de parte.

Pese a que no exista una tipificación de hechos ilícitos o antijurídicos que pudieran generar responsabilidad civil, la contravención de injuria prescrita en el artículo 396 del COIP establece de manera indirecta limitaciones a la libertad de expresión, ya que "[l]a persona que, por cualquier medio, profiera expresiones en descrédito o deshonra en contra de otra"[56] será privada de su libertad de quince a treinta días y no será punible si las expresiones son recíprocas en el mismo acto.

La legitimidad de la restricción está relacionada con el objetivo legítimo de asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, tal y como lo establece el artículo 13.2 de la CADH. Si bien el concepto de orden público puede ser ambiguo, la Corte IDH ha considerado que hace "referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios"[57].

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha definido que las limitaciones impuestas con el fin de proteger la moral deben basarse en "principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición […] [y] que han de

52 Caballero, Daniel. *Reflexiones sobre el Derecho a la Libertad de Expresión.* Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2019, p. 82.
53 CIDH. *Resumen Ejecutivo Libertad de Expresión e Internet*, 2013. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/internet/Resumen_Ejecutivo_Internet_FB.pdf (acceso: 10/12/2019).
54 Corte IDH. Consultiva OC 6/86 del 9 de mayo de 1986. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf (acceso: 23/11/2019).
55 Ley Orgánica de Comunicación… *Eiusdem.* Artículo 4.
56 Código Orgánico Integral Penal... *Eiusdem.* Artículo 396.
57 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85… *Óp. cit.,* párr. 67.

entenderse en el contexto de la universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación”[58]. Por lo que, este segundo requisito estaría relacionado con el *alterum non laedere*, puesto que parte de la premisa de que los “derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”[59]. Y con respecto al ejercicio a la libertad de expresión, una limitación que permita cumplir con el deber de no dañar y por ende, un derecho a no ser dañado, es legítima.

Cabe mencionar que los propósitos “deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”[60]. En este mismo sentido, la Corte IDH en el caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, ha señalado que es necesario hacer una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión de quien comunica y el derecho a la honra de la persona afectada, cuando se persigue un fin legítimo[61].

El tercer requisito, relativo a la necesidad en una sociedad democrática, está vinculado con el hecho de que la restricción sea indispensable, proporcional e idónea para salvaguardar los objetivos legítimos previamente analizados. Al respecto, la Corte IDH ha determinado que la restricción debe ser “proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”[62].

En este punto cabe precisar que dentro del SIDH se reconoce que “[t]anto la vía civil como la penal, bajo ciertas circunstancias y en la medida que reúnan los requisitos de necesidad y proporcionalidad, como medios para establecer responsabilidades ulteriores ante la expresión de informaciones u opiniones que afecten la honra o la reputación [son legítimas]”[63]. De forma preliminar, podría entenderse que en Ecuador el delito de calumnia prescrito en el artículo 182 del COIP[64], sanciona a la persona que realice una falsa imputación de un delito; a menos que el responsable probare la veracidad de la imputación o que se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia ejecutoriada en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación.

58 Observación general No. 34. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comité de Derechos Humanos, 2011. http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsrdB0H1l5979OVGG-B%2BWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaqoW3y%2FrwBqQ1hhVz2z2lpRr6MpU%2B%2FxEikw9fDbYE4QPF-dIFW1VlMIVkoM%2B312r7R (acceso: 10/12/2019).

59 Convención Americana Sobre Derechos Humanos... *Eiusdem*. Artículo 32.

60 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85… *Óp. cit.,* párr. 67.

61 Corte IDH, *Caso Álvarez Ramos*… *Óp. cit.,* párr. 107.

62 Corte IDH. *Caso Claude Reyes*… *Óp. cit.,* párr. 92.

63 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*. Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, de 29 de noviembre de 2011, párr. 49; citado en Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 22 de agosto de 2013, párr. 162.

64 Código Orgánico Integral Penal… *Eiusdem*. Artículo 182.

Resulta lógico que este hecho sea sancionado, puesto que la imputación de un delito no es semejante a la manifestación de una opinión. Cabe recordar que a criterio de la Corte IDH, "[c]omo tal, la opinión no puede ser objeto de sanción […]"[65] y "en principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos, [d]e allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor"[66].

Entonces si en materia de responsabilidad penal, en donde se discute la libertad personal de un individuo no aplica un estándar tan riguroso respecto a las opiniones, en casos de responsabilidad civil, las sanciones en esta materia también deben contar con el análisis tripartito; así como lo examinó la Corte IDH en el caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, en los supuestos en los que se aplicaba una medida de responsabilidad civil ulterior, la cual debe cumplir "[…] con los requisitos de estar prevista en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional"[67], es decir cumplir con el test tripartito. La importancia de este análisis radica en el posible efecto inhibidor que la imposición de una sanción civil puede generar frente a ciertas opiniones que no constituyan hechos antijurídicos.

Si bien el discurso de odio *prima facie* puede ser considerado como un hecho antijurídico

> [l]as medidas de bloqueo o filtrado de contenidos tendientes a combatir[lo …] son medidas de *ultima ratio*, y solamente deben adoptarse cuando sean necesarias y proporcionales, con la finalidad imperativa que persiguen[…] Los Estados que adopten estas medidas deben además diseñarlas de forma tal que no alcancen discursos legítimos que merezcan protección[…][68].

Finalmente, al analizar el caso a través del test tripartito, es preciso incluir el requisito de perspectiva sistémica digital, el mismo que de acuerdo con la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión requiere que "[...] toda medida sea evaluada frente al impacto (o costo) que podría tener en el funcionamiento de usuarios, más allá de su resultado y el punto de vista de los particulares directamente"[69].

De conformidad con lo expuesto, la determinación de un hecho antijurídico deberá primero evaluarse a través del test tripartito, para posteriormente verificar si los elementos del daño se configuran, y por lo tanto atribuir o no responsabilidad civil extracontractual.

---

65 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina.* Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, 02 de mayo de 2008, párr. 93.

66 *Ibíd.*

67 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico … Óp. cit.,* párr. 51.

68 CIDH. *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. 15 de marzo de 2017, párr. 123.

69 CIDH. Relatoría Especial para Libertad de Expresión. *Libertad de Expresión e Internet… Óp. cit.,* párr. 53.

5. ¿Quién origina el hecho antijurídico? ¿Quién lo crea o quién lo comparte?

El ámbito jurídico de las redes sociales se diferencia al de las páginas web en la medida en que su contenido se construye por los propios usuarios y por lo tanto, ellos son responsables por cualquier daño que su accionar produzca dentro de estos espacios. Cabe destacar que las redes sociales no son un medio de comunicación, sino un medio de difusión, dado que se ha mutado de un "esquema tradicional a un proceso interactivo, cambiante y dinámico"[70]. Es así que las redes sociales juntan los espacios tradicionales con los virtuales con el apoyo de la tecnología, convirtiéndose así en un territorio en el que "no hay reglas; es decir, no hay censura, línea editorial o restricción que marque la pauta"[71]. Sin embargo, esto no significa que los usuarios de las redes sociales estén fuera de la esfera del poder punitivo del Estado.

Ramón Herrera de las Heras hace alusión a la importancia del contenido del mensaje para justificar la activación de la protección del derecho a la libertad de expresión y su vínculo con el derecho al honor. Con el objeto de que el daño sea resarcido, se debe probar la existencia del nexo causal entre el hecho dañoso realizado con dolo o con culpa, y el daño a repararse[72]. En el caso del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, no queda claro si el hecho dañoso es solamente culpa de quien cree el contenido y lo difunda en una cuenta propia; o si también es responsable quien comparta datos de un tercero. La ley y la jurisprudencia no han establecido parámetros claros para distinguir la existencia y condiciones de responsabilidad entre un caso y otro, dejando así un vacío normativo en la materia.

En lo referente al autor del mensaje con contenido dañoso, Herrera de la Heras indica que gran parte de la doctrina afirma que la responsabilidad del creador es objetiva[73]. No obstante, él considera que respecto a la persona que difunde el contenido creado por un tercero (*retweet* o *share*), es decir que no es autor directo del ataque; "la objetivación de la responsabilidad ha de ser atenuada"[74]. Para esto, cabe destacar que el autor se ampara en varios estudios que afirman que el 15% de las publicaciones que se retuitean en Twitter no han sido leídas por los usuarios que las comparten[75]. Esto quiere decir que,

70 Hütt Herrera, Harold. *Las Redes Sociales: Una Nueva Herramienta de Difusión,* 2012. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72923962008 (acceso: 09/12/19).

71 *Ibíd.*

72 Alessandri, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno.* Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda., 1983, p. 238.

73 Herrera de las Heras, Ramón. *Responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor en las redes sociales.* Madrid: Editorial REUS, 2017, p. 75.

74 *Ibíd.*

75 Zarrella, Dan. *New Data Indicates Twitter Users Don´t Always Click the Links They Retweet*, 2012. https://blog.hubspot.com/blog/tabid/6307/bid/33815/new-data-indicates-twitter-users-don-t-always-click-the-links-they-retweet-infographic.aspx

buena parte del contenido compartido no necesariamente significa que quien difunde el mensaje comparta el mismo pensamiento del autor del discurso.

La responsabilidad objetiva o «estricta», que responsabiliza al intermediario por el contenido en su plataforma, es incompatible con la CADH por ser desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática. Esto en virtud de que se promueve la responsabilidad objetiva del intermediario, por contenido considerado ilícito en su plataforma[76]. Además, porque estos regímenes promoverían el monitoreo y la censura de los intermediarios para con sus propios[77]. Sin embargo, de manera excepcional podría haber responsabilidad del intermediario por aplicación del "principio de mera transmisión", que implica dos supuestos: la intervención específicamente en dichos contenidos, y en caso de que se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo.

Con estos antecedentes se puede interpretar que para quien comparte contenido, ya sea de su autoría o de un tercero, a través de una plataforma digital a la luz de los estándares internacionales de libertad de expresión; se debe analizar en cada caso el cumplimiento de los requisitos del test tripartito de restricción de derechos, así como el de la perspectiva sistémica digital, para determinar la existencia del hecho antijurídico como elemento del daño moral.

6. Conclusiones

En este artículo se evidencia que la importancia de la distinción entre hecho ilícito y hecho antijurídico, no constituye un asunto meramente teórico, sino que conlleva una diferencia que podría ser aplicada en la práctica. Tal es el caso de que si solo se considera la naturaleza ilícita del hecho, se podría excluir en estricto sentido todo aquello que se encuentra fuera de ley, por lo que se omitirían consideraciones de tipo constitucional y convencional, que podrían incluso acarrear una potencial responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos, por no observar el control de convencionalidad.

Los estándares interamericanos sobre el derecho a la libertad de expresión, deberían ser rigurosamente considerados por los tribunales en el caso concreto de daño moral, pues no sería posible determinar una responsabilidad —incluso en materia civil— proporcional, si no se consideran tanto el test tripartito como el requisito de perspectiva sistémica digital.

(acceso: 10/12/2019).

76 UNESCO. *Fostering Freedom Online: The role of Internet Intermediaries. Unesco Series on Internet Freedom. Internet Society*, 2014. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000231162 (acceso: 10/12/2019).

77 CIDH. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH. Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*, 2016. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf (acceso: 10/12/2019).

En consecuencia, en aquellos casos en que se alegue daño moral por la afectación al honor o al buen nombre, producto del ejercicio de la libertad de expresión a través de una opinión emitida en una red social, ya sea como una publicación de contenido en calidad de autor o como mero difusor de contenido, el juez deberá evaluar el caso aplicando un test que contemple tanto los requisitos clásicos del test tripartito como la perspectiva sistémica digital, para determinar si el ejercicio del derecho debería ser o no limitado por el derecho al honor del supuesto afectado.

En caso de que la restricción no cumpla con alguno de los parámetros del test, la restricción será ilegítima y por lo tanto no existiría hecho antijurídico, puesto que el ejercicio del derecho no es abusivo. En contraste, si la restricción cumple con todos los parámetros y la opinión debió ser limitada para no ocasionar un daño, existiría un hecho antijurídico, por ende se podrían analizar los otros elementos del daño moral y en consecuencia determinar la existencia de una responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, se podrán ordenar indemnizaciones en favor de la víctima, dado que se ha incumplido con el deber general de no dañar.

En el criterio relativo a la atenuación de la responsabilidad objetiva de las personas que retuitean una publicación, analizado por Herrera de las Heras, no es relevante ni la intención del autor ni del que comparte el contenido, lo cual no podría ser aplicado en el caso ecuatoriano, pues la responsabilidad objetiva se establece por ley, y por regla general el análisis parte de la responsabilidad subjetiva.

En Ecuador, la responsabilidad derivada del daño —patrimonial o extrapatrimonial— ocasionada por el ejercicio de la libertad de expresión (difusión de contenido) por internet, se excluye del ámbito de la aplicación de la LOC, por lo que aparentemente existiría un vacío normativo. Esta laguna legal sería en principio adecuada, pues de implementarse una regulación en la materia que no observe el control de convencionalidad, podrían derivarse consecuencias peligrosas como existencia de restricciones indebidas a la libertad de expresión que incluso podría contravenir la prohibición de censura previa expresamente establecida en el artículo 13 de la CADH.

No obstante, se considera que este vacío es aparente, pues el ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla estándares internacionales específicos sobre restricciones a la libertad de expresión que deberían ser aplicados por los administradores de justicia en el caso concreto y de esta manera se evitaría un trabajo legislativo innecesario, infructuoso y dilatado.

Sin perjuicio de que el presente trabajo analiza uno de los cuatro elementos que configuran el daño moral, la distinción entre la verdadera causa del daño (como elemento) cobra relevancia para establecer si una vez identificada la

presencia del hecho antijurídico, la afectación al derecho al honor que este produce es ocasionada por la difusión, la reacción a contenidos difundidos por un tercero o el alcance que esta difusión produce en los medios digitales. Por ello, como un tema fundamental de futuro análisis se podría abordar la causa en el daño moral como resultado del ejercicio a la libertad de expresión.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La no consideración del elemento daño dentro de la responsabilidad estatal en materia de derechos humanos

The Non-consideration of the Damage as an Element within State Liability in the Human Rights Field

Natalia Barona Martínez*
Mikaela Terán Arellano**
Antonella Tescaroli Espinosa***

Recibido / Received: 1/03/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1736

Citación:
Barona Martínez, N., M. Terán Arellano y A. Tescaroli Espinosa. «La no consideración del elemento daño dentro de la responsabilidad estatal en materia de derechos humanos». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 205-224, doi:10.18272/ulr.v7i1.1736.

* Investigadora independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: baronanati@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-4538-0759

** Investigadora independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: mikaelateran06@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-3097-9876

*** Investigadora independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: ctescaroli.97@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-9915-3135

Resumen

Cuando se estudia la responsabilidad civil y la importancia de sus elementos constitutivos para la determinación de la obligación de resarcir un perjuicio en contra de un tercero, el análisis del daño es indispensable. Sin embargo, en materia de derechos humanos, la relevancia de este elemento es discutible. En el presente artículo se estudiarán las razones por las que no es necesario considerar al daño como un requisito indispensable al momento de atribuir responsabilidad estatal por la violación de un derecho humano.

Palabras Clave

Responsabilidad civil; responsabilidad estatal; derechos humanos; derecho internacional público; daño

Abstract

When studying civil liability, and the importance of its constitutive elements to determine the obligation to compensate the harm caused to a third party, the analysis of the damage is essential. Nonetheless, when entering the field of human rights, this element's relevance is discussable. This article will study the reasons why it is not necessary to consider the damage as a requirement to attribute state responsibility for a human rights' violation.

Keywords

Tort law; state liability; human rights; international public law; damage

1. Introducción

La responsabilidad del Estado, particularmente su responsabilidad por violaciones a derechos humanos, ha sido un gran tema de interés para la doctrina y jurisprudencia, pues sus implicaciones son sustancialmente distintas a las del régimen de responsabilidad civil, tal como lo conocemos. En este sentido, resulta interesante realizar un análisis comparado entre ambos tipos de responsabilidad, considerando —principalmente— el tratamiento diferenciado que se da al elemento daño en ambos regímenes.

En el presente ensayo se empezará por exponer a breves rasgos la naturaleza de la responsabilidad civil y la importancia del elemento daño dentro de la misma. Posteriormente se realizará una explicación de la lógica detrás del concepto de derechos humanos, y la naturaleza de las obligaciones estatales en este campo. Así, se pasará a analizar cómo funciona la atribución de responsabilidad del Estado a nivel internacional, específicamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH), a través de un breve estudio del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre hechos internacionalmente ilícitos. Por último, se estudiará la incorporación de este razonamiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para finalmente entender que, a diferencia de la responsabilidad aquiliana en el Derecho Civil, el elemento daño no es necesario para la configuración de responsabilidad estatal en materia de derechos humanos (tanto a nivel internacional como nacional).

2. El elemento daño en la responsabilidad civil extracontractual

Para entender el objeto y fin del Derecho de Daños, es pertinente hablar de sus funciones: (i) preventiva; (ii) compensatoria o indemnizatoria; (iii) punitiva; y, (iv) demarcatoria. Las posiciones más tradicionales optan por atribuirle a esta rama del Derecho una función netamente compensatoria; mientras que las orientaciones modernas reconocen que la función más relevante es la preventiva[1]. Para efectos de este ensayo es preciso optar por una visión más tradicionalista, que se enfoque en la función compensatoria, mirando al Derecho de Daños como una medida de satisfacción para el agraviado, cuyo fin principal es colocarlo en la situación en la que se encontraba antes del perjuicio o daño ocasionado, asimilándolo con la reparación integral del Derecho Constitucional y DIDH[2] [*infra* § 3].

1 Acciarri, Hugo. *Funciones del Derecho de Daños y de Prevención*. Buenos Aires: Universidad Nacional del Sur, 2013, pp. 2-5.

2 Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006, párr. 297.

Bajo esta premisa, cuando hablamos de responsabilidad civil, nos introducimos en una materia del Derecho cuya discusión ha estado en auge por la complejidad de determinar cuándo surge la obligación de una persona de reparar el daño que ha sufrido un tercero, partiendo del hecho de que vivimos en una sociedad en la cual debemos soportar ciertas cargas en pro del bienestar social y público[3]. La responsabilidad civil parte del supuesto necesario de que el causante del daño tiene que ser responsable de los perjuicios que ha generado[4], en la medida en que el daño sea resarcible y la persona afectada no se vea obligada a soportar el daño causado.

Según Javier López Jacoiste, "[e]n la mayoría de las controversias sobre intereses que se plantean en el mundo del Derecho, la relación jurídica suele encontrarse ya esbozada, delineada de algún modo, o acaso ya determinada"[5]. Esta afirmación ofrece —al menos en parte— una solución respecto de cuándo se debe responder por el perjuicio sufrido por un tercero, pues con el incumplimiento de un contrato (es decir, la relación jurídica delineada según López Jacoiste) se podría generar un daño a una de las partes. Consecuentemente, hablar de responsabilidad civil contractual implica también la existencia de responsabilidad en materia extracontractual (también conocida como responsabilidad aquiliana). Sin embargo, la determinación de la persona que debe responder por el daño es distinta a la que cabría respecto del mundo contractual, ya que no existe una relación previa entre dos partes. En este sentido, habiéndose suscitado una situación indeseable que ha generado un perjuicio a una persona y la obligación de otra de responder por éste, cobra aún más relevancia que la función principal del Derecho de Daños sea compensar a la víctima.

Ahora bien, para entender cuándo nace la obligación de responder por un daño en materia extracontractual, es pertinente esbozar sus características principales. La responsabilidad aquiliana encuentra su origen en aquellas situaciones en que una persona ha causado involuntariamente un perjuicio a otra[6]. Por esta razón se dice que la responsabilidad civil extracontractual es el Derecho de Daños propiamente dicho, pues —a diferencia de la regulación normativa en materia contractual— no existen normas que hablen respecto de la indemnización a una persona que ha sufrido un daño por el actuar de otra con la cual no mantenía una relación[7]; y, de igual manera, no existe la posibilidad de crear cláusulas que establezcan cómo las partes van a actuar en caso de incumplimiento, o una cláusula penal preventiva o compensatoria.

---

3 *Vid.* Díez-Picazo, Luis. *Fundamento del Derecho Civil Patrimonial: La responsabilidad civil extracontractual.* Madrid: Editorial Tecnos, 2018, pp. 21-22.

4 *Cfr*. Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007, pp. 399-412.

5 López Jacoiste, José Javier. *La Responsabilidad Civil Extracontractual: una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*. Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2016, p. 30.

6 Shavell, Steven. *Responsabilidad extracontractual por accidentes en el análisis económico del derecho,* p. 453. En Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge. *La Filosofía de la Responsabilidad Civil.* Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 453-470.

7 *Cfr*. Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. España: S.L.-Dykinson, 2016, p. 84.

Adicionalmente se debe considerar que dentro de la responsabilidad civil extracontractual resulta más evidente la teoría de la distribución de los infortunios, misma que se constituye como un pilar importante dentro de la responsabilidad civil, y que defiende que cuando ocurre una desgracia, una calamidad o un accidente en el que se ven perjudicadas personas o cosas, se debe decidir "si el que experimenta el daño no tiene más posibilidad o alternativa que la resignación (lo sufre él solo) o si puede esperar algo de los demás [es decir,] se establece un derecho subjetivo del perjudicado a reclamar de otros el importe en que se valore el daño"[8], y en este punto se comienza a hablar de un derecho de indemnización.

En virtud de lo anterior, es importante mencionar que no todo perjuicio o daño conlleva la obligación de compensar a la víctima. Para que se incurra en responsabilidad civil extracontractual, es necesaria la confluencia y verificación de cuatro elementos: (i) daño; (ii) hecho antijurídico; (iii) nexo causal; y (iv) culpa o dolo[9]; no considerándose este último para la responsabilidad objetiva del Estado. Sin perjuicio de que se deba analizar a estos elementos de manera conjunta, para efectos del presente artículo se estudiará de manera más detallada al elemento daño, toda vez que éste último va a constituir la prueba palpable del deber de reparación (*restitutio ad integrum*).

Al respecto, es pertinente mencionar a qué nos referimos cuando hablamos de daño o perjuicio desde el Derecho Civil como tal. Según Jaime Santos Briz "[d]año indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Este daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima"[10]. Por tanto, siempre que exista una disminución en el patrimonio material o moral de la víctima, se va a incurrir en un daño. Sin embargo, han existido un sinnúmero de debates respecto de si solo el daño jurídicamente relevante es indemnizable.

A través de la doctrina y la jurisprudencia se han ido delimitando las condiciones que deben cumplirse para que el daño tenga relevancia jurídica y pueda ser sujeto de resarcimiento a título de responsabilidad civil, a saber: (i) daño cierto; (ii) relación directa con el hecho ilícito; (iii) previsibilidad; y (iv) subsistencia. A partir de lo anterior, se evidencia que en la responsabilidad civil se realiza un análisis neto del elemento daño para determinar si el mismo va a ser resarcible o no. En primer lugar, el daño resarcible debe ser cierto, real y efectivo. Esto no quiere decir que el daño tenga que ser actual, sino que al momento de dictar la sentencia debe existir certeza de que el mismo no sea eventual o hipotético. En segundo lugar, los daños indirectos o secundarios no pueden

8 Díez-Picazo, Luis. *Fundamento del Derecho Civil Patrimonial… Óp. cit.,* p. 285.
9 Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual.* Chile: Legal Publishing, 2003, pp. 5-39.
10 Santos Briz, Jaime. *La responsabilidad civil.* España: Montecorvo, 2002, p. 289.

ser indemnizados, pues de no ser así, se perdería el elemento causalidad. En tercer lugar, sólo se responde por los perjuicios previsibles; y, finalmente, un daño que ha sido reparado espontáneamente no es susceptible de reparación, toda vez que en ningún caso cabe la doble indemnización por un mismo daño para evitar enriquecimiento sin causa[11]. Así, si bien existen cuatro elementos para determinar la responsabilidad civil extracontractual, la consideración del elemento daño es de particular importancia para determinar la atribución de responsabilidad y el consecuente deber de resarcimiento, pues —como se mencionó antes— constituye prueba idónea y palpable.

Ahora bien, resulta pertinente también presentar un enfoque en cuanto a la reparación integral del daño, mismo que debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como los extrapatrimoniales para constituir una verdadera *restitutio in integrum*. Adicionalmente, el juzgador deberá conceder la "reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado"[12]. Respecto de las formas de reparación en la responsabilidad civil extracontractual, Javier Tamayo Jaramillo sostiene que la misma puede ser en dinero, o a falta de éste, tratando de dejar a la víctima en las condiciones que ostentaba antes de que se produjera el daño[13].

Paralelamente, se debe plantear la problemática que se genera cuando se vulneran derechos humanos (en adelante, DDHH) en situaciones en las que el simple cese de la situación ilícita no sea suficiente para que se logre una debida reparación. "La indemnización de alguna manera traspasa el daño poniéndolo a cargo de otro: el que sufrió el daño es compensado a cargo de otro, cuyo patrimonio disminuye"[14]. Resulta evidente que a través de la reparación, se trata de otorgar a la víctima una indemnización para reparar su lesión; sin embargo, según Díez-Picazo, la idea de que con la compensación desaparece el daño es una ilusión, pues cuando se destruyen vidas humanas la indemnización no borra la destrucción[15].

Sin perjuicio de esta distinción se puede deducir que, si existe un daño, existe una persona o entidad responsable del mismo y, consecuentemente, la obligación de ésta última de reparar el perjuicio o daño ocasionado. Según Gina Visintini, la reparación del daño "constituye la sanción que sigue a la comprobación de la responsabilidad"[16].

11 Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil… Óp. cit.,* pp. 5-39.
12 Santos Briz, Jaime. *Responsabilidad civil*. España: Montecorvo, 2002, p. 289; citado en Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007, p. 252.
13 Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007, p. 157.
14 Fayos Gardó, Antonio. *Derecho de Daños. Las Víctimas y la compensación*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 56.
15 Díez-Picazo, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid: S.L. Editorial Civitas, 1999, pp. 41-42.
16 Visintini, Gina. *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti, inadempimento. Danoo risarcibile*, 3ª ed. Padova: Cedam, 2005, p. 283.

Por último, siendo el hecho antijurídico el antecedente al daño, es necesario también considerarlo brevemente. La doctrina ha discutido si —para que dicha responsabilidad sea atribuida a determinado sujeto y éste tenga la obligación de reparar integralmente a la víctima— se debe analizar: (i) solamente al daño; (ii) al hecho antijurídico —que en muchas ocasiones se genera a la par con el daño—; o (iii) incluso se podría llegar a pensar que no es necesaria la prueba del daño, pues se podría inferir que de acuerdo a la gravedad del hecho antijurídico ya se generaría la responsabilidad de reparar[17].

Al respecto, Alejandro Ponce Martínez ha expresado que para que un hecho se considere ilícito, éste debe violar principios de justicia, una ley positiva o principios del ordenamiento jurídico[18]; adicionalmente, en cortes ecuatorianas se ha establecido que "las pretensiones del actor están encaminadas a que los demandados **paguen indemnizaciones por hechos ilícitos** que originaron la responsabilidad civil extracontractual [...] (énfasis añadido)" [19], lo que nos llevaría a pensar que existe la posibilidad de que en efecto, se realice un análisis del hecho ilícito o antijurídico para determinar la obligación de indemnizar, o no.

Habiendo entendido cuál es la naturaleza y lógica de la responsabilidad civil, y particularmente por qué es necesario que se considere al daño como un elemento esencial en la atribución de responsabilidad extracontractual, se procederá a realizar una corta exposición sobre el concepto general de los DDHH; para así proseguir con el análisis de por qué en el DIDH el daño puede no constituir un elemento autónomo y necesario para atribuir responsabilidad estatal —y aún así mantener el deber de reparación— puesto que en esta materia, el factor determinante para tal atribución es la violación como tal.

3. Una aproximación general al concepto de derechos humanos y la lógica detrás de su protección

Para realizar el análisis antes mencionado, es pertinente comenzar por una breve explicación de qué constituye un derecho humano. Como lo indica el ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), Pedro Nikken, la noción de DDHH ha ido atada históricamente a la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado[20].

Este postulado, a su vez, tiene su origen en distintas teorías de Derecho Constitucional, particularmente aquellas que, en sus inicios, comprendían que el

17 *Vid.* Corte Suprema de Justicia. *Peralta vs. Bustamante*. Gaceta Judicial No. 8, 17 de abril de 2002, p. 5; Corte Suprema de Justicia. *Haz Alvarado vs. Chemlok*. Sentencia, 01 de octubre de 2009, p. 2.

18 Ponce Martínez, Alejandro. "Responsabilidad civil extracontractual". *Revista de la Sección Académica de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura ecuatoriana Benjamín Carrión* (2015), p. 78.

19 Corte Suprema de Justicia. *Wagner Iván Viñán vs. Federación Médica Ecuatoriana*. Sentencia, 19 de marzo de 2003, p. 373.

20 Nikken, Pedro. *Sobre el concepto de derechos humanos*, p. 17. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Seminario sobre Derechos* Humanos. San José: IIDH, 1997, pp. 17-36.

individuo se encontraba en una posición de desventaja frente al —potencialmente desmesurado— poder del Estado; corriente filosófica que eventualmente desemboca en la idea generalizada de que, al ser los ciudadanos quienes confieren tal poder al Estado, éste se encuentra llamado a proteger sus libertades individuales, a cambio de tal concesión[21]. En este sentido,

> [e]l poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender **atributos inherentes a la persona** y debe ser un vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas **con la misma dignidad que le es consustancial** (énfasis añadido)[22].

Es posible encontrar, pues, dos elementos esenciales en la construcción de la definición de DDHH. El primero, el hecho de que estos atributos son inherentes a la persona, inherentes a su dignidad; el segundo, el que los DDHH "se afirman frente al poder público"[23].

El primer elemento implica que la existencia de los DDHH —como rama específica de derechos subjetivos— no se ve condicionada a su reconocimiento por parte del Estado. Siendo así, toda persona, por el mero hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales[24], lo cual evidentemente supone un límite a las competencias del poder estatal. Esto nos llevará al segundo elemento. Es menester precisar que, derivados de la inherencia de los DDHH, éstos cuentan con otras características específicas, como lo son su irreversibilidad[25], progresividad[26], universalidad[27] e irrenunciabilidad[28].

Por otro lado, la segunda parte de la definición implica que los DDHH se afirman frente al poder público[29]. Esto quiere decir que no existe otro ente encargado de su respeto, garantía y protección que no sea el propio Estado; caso contrario, nos encontraríamos frente a una categoría distinta de derechos subjetivos[30]. Como bien menciona Nikken:

> [l]a nota característica de las violaciones a los derechos humanos es que ellas se cometen desde el poder público o gracias a los medios que éste pone a disposición de quienes lo ejercen. **No todo abuso contra una persona ni toda forma de violencia social son técnicamente atentados contra los derechos humanos**.

21 *Vid.* Gough, John W. "The Social Contract". *The Philosophical Review*, Vol. 67, No. 2 (1958), pp. 267-269; Magna Carta Libertatum (1215); Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).
22 Nikken, Pedro. *Sobre el concepto de derechos humanos… Óp. cit.,* p. 17.
23 *Ibíd.*
24 *Ibíd.*
25 *Vid.* Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11.8. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
26 *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 008-13-SIN-CC*. Sentencia, 13 de junio de 2013, p. 12
27 *Cfr.* Nikken, Pedro. *Sobre el concepto de derechos humanos…Óp. cit.,* p. 24; Nelson, William. "Human Rights and Human Obligations". *Nomos,* Vol. 23 (1981), p. 286.
28 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11.6. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
29 Nikken. Pedro. *Sobre el concepto de derechos humanos…Óp. cit.,* p. 27.
30 *Vid.* Bernal Pulido, Carlos. *Derechos fundamentales*, p. 1571. En Zamora, Jorge Luis y Rodríguez, Verónica (eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, pp. 1571-1572; Nelson, William. "Human Rights and Human Obligations"…*Óp. cit.,* p. 286.

> Pueden ser crímenes, incluso gravísimos, pero si es la mera obra de particulares no serán una violación de los derechos humanos (énfasis añadido)[31].

A fin de entender concretamente qué constituye una violación a los DDHH, cabe precisar entonces qué obligaciones mantiene el Estado frente la población dentro de su jurisdicción y territorio.

3.1. Obligaciones estatales en materia de derechos humanos

Antes de explicar de manera concreta en qué consisten las obligaciones del Estado frente a la persona humana, cabe puntualizar que el deber internacional de los Estados de cumplir con sus obligaciones de buena fe[32], adquiere ciertas particularidades en el ámbito de DDHH, "toda vez que el objeto de las obligaciones internacionales en esta materia no es la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales"[33]. En consecuencia, siendo la protección a la dignidad humana el núcleo de la relación entre el Estado y la persona, la obligación de cumplimiento de buena fe adquiere una importancia especial.

Cabe recalcar, además, que —como lo aclara el numeral 2 del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)— «persona» es todo ser humano[34], lo cual "reafirma la idea de la universalidad de los derechos humanos y de la prohibición de discriminación, [y] deja fuera del campo de protección a las personas jurídicas"[35].

Ahora bien, teniendo esto en cuenta, existen tres obligaciones generalmente aceptadas que han sido consagradas tanto en la CADH[36], como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[37] (en adelante, PIDCP): la obligación de respetar los derechos reconocidos en estos tratados, la obligación de garantizar el cumplimiento de tales derechos, y la obligación de adoptar las medidas necesarias —legislativas o de otra índole— para hacerlos efectivos.

En cuanto a la primera, es importante recordar que el deber de respeto constituye una obligación negativa; el poder estatal debe abstenerse de cualquier acción que suponga una vulneración a los derechos de las personas, y específicamente de las personas que se encuentren sujetas a la jurisdicción de tal Estado[38].

---

31 *Id.,* p. 28.

32 *Cfr.* Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Artículos 29 y 31.

33 Nash Rojas, Claudio. *La protección internacional de los derechos humanos: reglas comunes*, p. 59. En Nash Rojas, Claudio y Mujica Torres, Ignacio. *Derechos humanos y juicio justo.* Lima: Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, 2003, pp. 58-98.

34 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículos 1.1 y 2.

35 Medina Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial.* Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, pp. 11-12.

36 Convención Americana… *Eiusdem.,* Artículos 1.1 y 2.

37 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Artículo 2.

38 Cuando los instrumentos mencionados previamente usan la palabra «jurisdicción», hacen referencia a "[un] criterio amplio

Por otro lado, la obligación de garantía conlleva que los Estados deban "organizar todo el aparato gubernamental […] de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"[39]. Dentro de esta segunda obligación, se encuentran los deberes de prevención, investigación, sanción y reparación[40]; y resulta necesario señalar que el deber de garantía

> [i]mplica también la responsabilidad del Estado, aún cuando un hecho violatorio de los derechos humanos no resulte imputable directamente al [mismo] o a sus agentes, sino a particulares o a grupos al margen de la ley o cuando el victimario no hubiese podido ser identificado. **Esta responsabilidad no se fundamenta en el hecho mismo violatorio de derechos, sino en la falta de la debida diligencia para evitar el daño y hacer respetar las normas de protección** por aquel que tiene la legitimidad del Estado y el monopolio del uso de la fuerza (énfasis añadido)[41].

Finalmente, y como argumenta la ex jueza de la Corte IDH, Cecilia Medina Quiroga, se ha asignado tal importancia al hecho de que las personas puedan gozar y ejercer sus derechos plenamente[42], que la CADH, así como el PIDCP, han integrado en sus textos el deber de adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en estos convenios[43], formándose así la tercera obligación convencional en materia de DDHH.

A lo anterior se debe agregar que al hablar de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, no solo se debe entender incorporado a ellas lo contemplado de manera literal en tratados o convenciones, sino también aquello que ha sido interpretado por distintas Cortes y organismos de derechos humanos (por ejemplo, la Corte IDH, haciendo uso de su facultad consultiva, consagrada en el artículo 64 de la CADH) [44]. Como afirma Javier Ciurlizza,

> [l]a interpretación de normas internacionales sobre derechos humanos constituye un método de ampliación progresiva de figuras que tutelan al ser humano. […] Es usual que los órganos jurisdiccionales internacionales estén investidos, además de la competencia para resolver asuntos contenciosos, de funciones interpretativas del derecho internacional, [abordando] temas de relevancia central para la determinación del contenido de las obligaciones internacionales[45].

---

que incluye no sólo los actos u omisiones imputables a agentes estatales como violación de obligaciones convencionales realizados o dejados de realizar dentro del territorio, sino que incluye la responsabilidad por actos u omisiones ejecutados, eventualmente, fuera del territorio, pero dentro del campo de jurisdicción del Estado, como podrían ser las actuaciones de un ejército de ocupación o actos perpetrados en un recinto diplomático". Medina Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia… Óp. cit.,* pp. 12-13

39 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de fondo, 29 de julio de 1988, párr. 166.

40 *Id.*, párr. 174.

41 Sánchez, Camilo. *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, p. 40. En Nash Rojas, Claudio y Mujica Torres, Ignacio. *Derechos humanos y juicio justo.* Lima: Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, 2003, pp. 11-57.

42 Medina Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia…Óp. cit.,* p. 21.

43 *Cfr.* Convención Americana... *Eiusdem*. Artículo 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos… *Eiusdem.* Artículo 2.2.

44 Convención Americana… *Eiusdem.* Artículo 64.

45 Ciurlizza, Javier. "La interpretación en el derecho internacional de los derechos humanos: el caso de la función consultiva

Por último, es menester considerar que adicionalmente a las obligaciones convencionales, un gran sector de la doctrina en Derecho Internacional Público, y específicamente en DIDH, reconoce la existencia de un conjunto de normas que, si bien no tienen un origen convencional, son tan fundamentales que se han convertido en preceptos internacionales perentorios: las normas de *ius cogens*[46]. Así, "[l]a idea de *ius cogens* no puede ser disociada de la idea de un corpus de normas jurídicas que se imponen a todos los Estados, cuya existencia no depende de una inequívoca manifestación de voluntad"[47].

Habiendo considerado a breves rasgos en qué consisten las obligaciones de un Estado en materia de DDHH, se debe puntualizar que el concepto de violación a los DDHH se concreta justamente cuando existe un incumplimiento de tales obligaciones por parte de actores estatales. En ese sentido, cuando el Estado falla en su deber de garantizar, respetar o adoptar las medidas necesarias para la plena ejecución de derechos dentro de su jurisdicción; cuando no toma en consideración las interpretaciones realizadas por aquellos órganos autorizados para dar mayor contenido a las obligaciones convencionales; y cuando irrespeta una norma internacional perentoria, como lo son las normas de *ius cogens*; es posible concluir que ha incurrido en una violación a DDHH.

Siendo así, la consecuencia directa de que un Estado sea encontrado responsable de una violación a DDHH (o, de manera general. de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, como se explicará más adelante); es el surgimiento de su obligación de reparar los perjuicios que ha causado tal violación[48] y, de manera correlativa, el derecho de las víctimas de exigir una reparación integral[49].

4. El elemento daño a la luz de las obligaciones estatales en materia de DDHH

Una vez que se han estudiado los conceptos básicos de ambos regímenes, así como los fines que busca cada uno; es importante analizar la naturaleza de las obligaciones estatales en materia de DDHH con el fin de comprender que la consideración del elemento daño carece de relevancia dentro del campo de

de la Corte Interamericana". *Agenda Internacional,* PUCP Vol. 2, No. 4 (1995), p. 93.

46 Caplan, Lee M. "State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory". *The American Journal of International Law* Vol. 97, No. 4 (2003), p. 741.

47 Garibian, Sévane y Puppo, Alberto. "Acerca de la existencia del Ius Cogens internacional: una perspectiva analítica y positivista". *Isonomía,* No. 36 (2012), p. 13.

48 *Vid.* Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v Honduras*. Sentencia sobre reparaciones y costas, 21 de julio de 1989, párr. 25; Torres, Alexandra. "La reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista de Derecho Privado,* No. 4 (1998-1999), pp. 151-176.

49 *Vid.* Calderón Gamboa, Jorge. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, p. 157. En Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo *et al*. *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de la jurisprudencia constitucional e interamericana I*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 145-219.

los DDHH para la atribución de responsabilidad Estatal. En esta sección, como primer punto se analizará la responsabilidad internacional de los Estados desde la perspectiva del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) sobre hechos internacionalmente ilícitos; para posteriormente entender si es jurídicamente viable la consideración o no del elemento daño en la responsabilidad internacional por violaciones a los DDHH; y finalmente explicar la aplicación de este régimen en el ordenamiento ecuatoriano.

4.1. La responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos

"[…] [L]a responsabilidad internacional tiene un origen consuetudinario y relacionado con la figura del Estado como único sujeto de derecho internacional […]"[50]. Sin embargo, ante la necesidad de codificación de las reglas concernientes a responsabilidad internacional, la CDI ha trabajado por cerca de 50 años, y junto con la participación de varios Relatores Especiales[51], en un importante proyecto en donde aborda —desde la perspectiva del Derecho Internacional Público (en adelante, DIP)— la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos[52]. Después de varios informes emitidos desde 1949[53], el proyecto se aprobó ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2001, el cual brinda importantes consideraciones sobre responsabilidad internacional, un ámbito que antes no había sido muy abordado por la doctrina, pues no se había logrado consenso al respecto.

De manera general, el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, en su primera parte, brinda principios que enmarcan a la responsabilidad internacional. En este sentido, el primer artículo establece de manera introductoria que "[t]odo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional"[54]. En otras palabras, un hecho ilícito (o acto ilícito[55], como lo propone Díez de

50 Díaz Cáceda, Joel. "La responsabilidad internacional de los Estados: base para la defensa de los Derechos Humanos". *Revista de la Facultad de Derecho*, PUCP, No. 61 (2008), p. 250.

51 F.V. García Amador, de Cuba; R. Ago, de Italia; W. Riphagen, de Países Bajos; G. Arangio Ruiz, de Italia; y, J. Crawford, de Australia. *Vid*., Crawford, James. *Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009, p. 1.

52 Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/56/83, 28 de enero de 2002, Considerandos iniciales. *Vid*., Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones (part 2)*, 2001. https://bit.ly/2Taq2SQ (acceso: 25/02/2020).

53 Crawford, James. *Artículos sobre… Óp. cit.,* p. 1. F.V. García Amador, durante su mandato, presentó seis informes y centró su labor en la responsabilidad del Estado por daños causados a personas o bienes de los extranjeros. Ago, por su parte, aprobó 35 artículos, que constituyen la base relativa al origen y las características fundamentales de la responsabilidad del Estado. W. Riphagen logró la aprobación provisional por la CDI de una elaborada definición de "Estado lesionado". G. Arangio Ruiz contribuyó al proyecto con los artículos sobre reparación, contramedidas, consecuencias del "crimen internacional" y solución de controversias.

54 Asamblea General de las Naciones Unidas (28 de enero de 2002). Resolución A/RES/56/83, Artículo 1.

55 *Cfr*. Crawford, James. *The International Law Commision's Articles on State Responsability: Introduction, Text and Commentaries*. Reino Unido: Cambridge University Press, p. 80.

Velasco) es una violación a las obligaciones emanadas de las normas primarias internacionales[56], o un

> acto atribuible a un sujeto jurídico internacional que constituyendo una violación o infracción del derecho internacional lesiona derechos de otros sujetos de dicho ordenamiento, o incluso derechos o intereses de los que sería titular la propia colectividad internacional, dando lugar, entre otras consecuencias posibles, a la responsabilidad del sujeto autor del acto[57].

Asimismo, la CDI propone en el artículo 2 del proyecto, que para que exista un hecho internacionalmente ilícito deberán concurrir dos elementos[58]: (i) que una acción u omisión sea atribuible a un Estado bajo el derecho internacional; y (ii) que dicha acción u omisión constituya una violación de una obligación del Estado[59]. El primer elemento, también conocido como el elemento de atribución o elemento subjetivo, se refiere al "[…] comportamiento por medio del cual se incumple la normativa internacional **[que] se pueda atribuir al Estado**" (énfasis añadido)[60]. Por su parte, el segundo elemento, conocido como el elemento objetivo, "[…] está constituido por un **comportamiento que constituye una violación de una obligación internacional del Estado**" (énfasis añadido)[61]. Lo que llama la atención de estos dos requisitos, es la ausencia del elemento daño como un elemento constitutivo de responsabilidad internacional del Estado.

El elemento subjetivo hace referencia a la capacidad de atribuir un hecho a un Estado por su calidad de sujeto del DIP, sin considerar la concurrencia de más actores en la acción u omisión que causó el hecho ilícito[62]. En este mismo sentido, hay que tomar en cuenta que la atribución podría ser subjetiva (si es que se examinan factores como la culpa o negligencia de los actores) u objetiva (si la intencionalidad no tiene relevancia alguna); dependiendo de la tipificación de la norma primaria que prevé la obligación[63]. Por otro lado, respecto del elemento objetivo de la responsabilidad (es decir, que el comportamiento sea efectivamente el incumplimiento de una obligación), la Corte Internacional de Justicia, en el marco del caso *Factory at Chórzow*, para referirse a este

56 *Cfr*. Díaz Cáceda, Joel. "La responsabilidad…". *Óp. cit.,* p. 252.
57 Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, 10ª Ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1994, p. 713.
58 Asamblea General de las Naciones Unidas (28 de enero de 2002). Resolución A/RES/56/83, Artículo 2.
59 Por ejemplo, en el ámbito del DIDH, algunos ejemplos de incumplimiento de obligaciones internacionales son: el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
60 Díaz Cáceda, Joel. "La responsabilidad…". *Óp. cit.,* p. 253. Debido a la extensión de este trabajo, no es posible ahondar con más profundidad en este tema. Sin embargo, es sujeto de discusiones en el DIP. Al respecto, *vid*. Crawford, James. *The International Law*… *Óp. cit.,* pp. 81-82.
61 Rodríguez Carrión, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 352. *Vid*. Crawford, James. *The International Law*… *Óp. cit.,* p. 83.
62 Crawford, James. *The International Law*… *Óp. cit.,* pp. 82-83.
63 *Cfr*. *Id.*, pp. 81-82. El análisis del elemento de la intencionalidad en el DIP es sumamente interesante, y es, en efecto, materia de otro trabajo de investigación.

elemento, lo caracterizó como "[*the*] *breach of an engagement*"[64]. Es interesante notar, que "[en el DIP] la idea del incumplimiento de una obligación ha sido con frecuencia equiparada a una conducta contraria al derecho de los demás"[65].

Ahora bien, en este punto es importante aclarar que, desde el DIP el incumplimiento de obligaciones puede ser de distintos tipos en función de los sujetos de derecho internacional involucrados, así como de la naturaleza de las obligaciones emanadas de las normas primarias. Por ejemplo, existen incumplimientos de tratados bilaterales de inversión, o de convenciones como la CONVEMAR o los Convenios de Ginebra y, desde la perspectiva del DIDH existen incumplimientos o violaciones de tratados de DDHH en relación con las obligaciones analizadas anteriormente: convencionales y *ius cogens*. Por esta razón, la responsabilidad del Estado debe ser analizada desde distintos enfoques, tomando en consideración las relaciones jurídicas generadas a partir de estas obligaciones, pues en el DIP no siempre son bilaterales (Estado-Estado)[66], sino también, como en el caso del DIDH, las relaciones serán más bien desiguales, en donde el Estado está llamado a proteger a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción (Estado-personas)[67].

Por tanto, toda vez que este ensayo hace especial énfasis en las obligaciones en materia de DDHH, mirando únicamente esta perspectiva, dado que "[…] en la gran mayoría de los casos el principal violador de los derechos del ser humano es el Estado"[68]; la consideración de los requisitos del artículo 2 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos debe ser distinta a otras ramas del DIP. Respecto de los requisitos estudiados, el elemento de atribución siempre será objetivo porque no importa la intencionalidad con la que se ejecutó el hecho; y se cumplirá el elemento objetivo cuando el Estado incumpla las obligaciones de los tratados de DDHH que ha ratificado.

4.2. El elemento daño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Habiendo analizado brevemente desde la perspectiva del DIDH qué es la responsabilidad internacional y los elementos que la constituyen en función del proyecto de artículos de la CDI, cabe resaltar que este documento (como lo mencionamos en su momento) "[…] no asigna al daño ninguna función para

64 Corte Internacional de Justicia, *The Factory at Chórzow*, Sentencia de méritos, 13 de septiembre de 1928, párr. 73.
65 Crawford, James. *The International Law*… *Óp. cit.,* p. 83.
66 Crawford, James. *The International Law*… *Óp. cit.,* p. 79.
67 Díaz Cáceda, Joel. "La responsabilidad…". *Óp. cit.,* p. 259.
68 *Ibíd.*

determinar la violación de una obligación internacional […]"[69]. Al contrario, trata de eliminar al elemento daño de la definición de hecho ilícito[70].

Ahora bien, es importante mencionar que esta postura de la CDI ha sido abiertamente criticada[71], pues una parte de la doctrina alega que la CDI se contradice al eliminar el elemento daño de la primera parte del proyecto de artículos de responsabilidad por hechos ilícitos, pues este elemento se encuentra presente expresamente en su segunda parte[72]. Asimismo, la doctrina afirma que el elemento daño es necesario para la reclamación de responsabilidad por parte de un Estado respecto de otro[73]. Sin embargo, el objetivo de este artículo es explicar la falta de necesidad de la consideración del elemento daño en el DIDH y no en todo el DIP.

La razón por la cual la CDI ha decidido dejar de tomar en cuenta al elemento daño de la responsabilidad por hechos ilícitos fue debido a que el ex relator Roberto Ago analizó que la noción de daño no siempre va a implicar un perjuicio económico (como podría pasar en otras ramas del DIP). Y precisamente en este sentido "[…] todo incumplimiento de una obligación implica un perjuicio, [el cual] […] **ya está comprendido en el incumplimiento de la obligación**" (énfasis añadido)[74] porque "[…] todo incumplimiento de una obligación internacional implica la lesión de un derecho subjetivo"[75]. Es decir, el elemento daño no será necesario para determinar si un Estado es responsable a nivel internacional, pues cualquier forma de perjuicio ya se entiende circunstancialmente de la violación (o incumplimiento convencional). Lo anterior, sin perjuicio de que el daño sea relevante para determinar el grado de afectación a la víctima, y eventualmente, la cuantificación de una posible compensación económica como parte de la reparación integral.

Por su parte, James Crawford, quien fue el último relator de la CDI para este proyecto, afirma que "[…] la existencia del elemento daño depende del contenido de la obligación primaria y no existe una regla general al respecto"[76]. Esto implica que el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, en su calidad de norma secundaria del DIP, no puede establecer si será necesario determinar el daño, pues le corresponde únicamente "[…] establecer si una obligación ha sido violada y a quién corresponde atribuir esa responsabilidad"[77].

69 Barboza, Julio. "La responsabilidad internacional". *XXXIII Curso de Derecho Internacional* (2007), p. 13.
70 *Cfr. Id.*, p. 5.
71 Naciones Unidas. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Documentos del vigésimo quinto periodo de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General*. Volumen II. 1973, p. 23.
72 Wyler, Eric. "From 'State Crime' to responsability for 'Serious breachness of obligations under peremptory norms of General International Law'". *European Journal of International Law*, No. 13 (2002), p. 1152. *Vid.*, Barboza, Julio. "La responsabilidad…". *Óp. cit.,* p. 5.
73 Naciones Unidas. *Anuario de la Comisión… Óp. cit.,* p. 23.
74 *Id.*, p. 20.
75 *Id.*, p. 25.
76 Crawford, James. *The International Law… Óp. cit.,* p. 84.
77 Ávalos Vásquez, Roxana de Jesús. "Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito del Estado. ¿Más de

Entonces, enfocándonos en la responsabilidad alrededor del DIDH, sus normas primarias son los tratados internacionales de DDHH y ninguno de ellos afirma la necesidad de reclamar un daño por este incumplimiento[78]. Si un Estado parte de uno de estos tratados incumple sus obligaciones, genera una violación de los derechos de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Tal como se mencionó en su parte pertinente, los DDHH atienden a la dignidad humana y a la ineludible relación de superioridad del Estado con la sociedad; por tanto, una acción u omisión del Estado que afecte derechos, deberá ser sancionada sin la necesidad de argüir un daño, pues es de la naturaleza de estas obligaciones la protección de los derechos de las personas. En consecuencia —tal como lo mencionaba Ago—, en cuanto se incumplen las obligaciones estatales, ya se genera un perjuicio para las víctimas; siendo necesaria solamente la comprobación del hecho ilícito a través de los requisitos previstos por la CDI (artículo 2) [*supra* § 4.1].

Esta es precisamente la principal diferencia entre los elementos que configuran a la responsabilidad civil, y aquellos que configuran a la responsabilidad del Estado en materia de DDHH. En la primera, la relación de las partes es entre iguales y tiene fundamento en la distribución de los infortunios [*supra* § 2]; pero la segunda es distinta porque justamente la relación es entre Estado-personas, en donde no es jurídicamente viable un análisis de distribución de los infortunios, sino que la carga de cuidado siempre estará sobre el Estado[79].

Responsabilidad civil	Responsabilidad desde el DIDH
Hecho antijurídico genera el daño. Daño es la consecuencia del hecho antijurídico.	Hecho internacionalmente ilícito genera responsabilidad internacional.

Complementariamente, si bien el daño no es necesario para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado en materia de DDHH, el proyecto de artículos de la CDI prevé también que la reparación es una consecuencia de la violación o del "[…] perjuicio generado por el hecho internacionalmente ilícito"[80]. Por lo tanto —comparándolo con la responsabilidad aquiliana—, en el DIDH el deber de reparación se concreta a partir de la determinación "[del] perjuicio [que] comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito"[81];

40 años de labor de la Comisión de Derecho Internacional para nada?". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* Vol. VI (2006), p. 589.

78 *Vid*. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Convención de Belem do Pará.

79 Constitución de la República del Ecuador. Artículos 3, numeral 1, y 11, numeral 9. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

80 Asamblea General de las Naciones Unidas (28 de enero de 2002). Resolución A/RES/56/83, Artículo 31.

81 *Ibíd.*

es decir que el daño es la prueba palpable de la afectación concreta que ha causado la vulneración, pero no es necesario para determinar la existencia de dicha violación.

5. La aplicación del DIDH en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

De manera muy sucinta se debe recalcar que la lógica detrás de la protección a los DDHH no es ajena al ordenamiento jurídico ecuatoriano. A partir del desarrollo de la teoría del bloque de constitucionalidad en América Latina durante los años noventa[82], Ecuador incluyó la noción de instrumentos internacionales en su Constitución de 1998, como fuente obligacional en materia de DDHH y, naturalmente, como fuente de protección a la persona humana[83].

El término y la lógica de protección a los DDHH también fueron recogidos en la Constitución de Montecristi, al establecer como deber primordial del Estado "[garantizar] sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales"[84]. Asimismo, en el artículo 11 numeral 3, se consagra el siguiente principio:

> Los derechos y garantías establecidos en la Constitución **y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial**, de oficio o a petición de parte. […]
> **Los derechos serán plenamente justiciables**. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento (énfasis añadido)[85].

Finalmente, el artículo 426 indica:

> Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.
> Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente […][86].

Es notorio entonces, que el ordenamiento ecuatoriano ha recogido los estándares de DDHH como piedra angular en la relación Estado-persona. Siendo

82 Góngora-Mera, Manuel Eduardo. *The Block of Constitutionality as the Doctrinal Pivot of a Ius Commun*e, p. 238. En Von Bondandy, Armin *et al*. *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 235-251.
83 Constitución de la República del Ecuador. Artículos 17, 18, 19, 23 y 24. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
84 Constitución de la República… *Eiusdem.* Artículo 3.
85 *Eiusdem.* Artículo 11. 3.
86 *Eiusdem*. Artículo 426.

así, todos los servidores públicos se encuentran obligados a la aplicación directa de las normas previstas en los instrumentos internacionales de DDHH. Esta lógica es plenamente concordante con lo expuesto en la sección tercera del presente trabajo: el concepto de DDHH (y la naturaleza de su protección como atributos inherentes a la persona), se ha formado alrededor del concepto de la dignidad humana y, en contraposición, el límite al poder estatal. Es este último, el punto fundamental que nos llevará a comprender la diferencia entre el régimen de responsabilidad civil y el régimen de responsabilidad estatal en lo relativo a violaciones a los DDHH.

5.1. El elemento daño en el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto de las violaciones a los derechos humanos

El régimen de responsabilidad del DIDH [*supra* § 4] también se puede aplicar análogamente en el derecho interno ecuatoriano, toda vez que el respeto de los DDHH no es únicamente exigible a nivel internacional, pues este es un sistema subsidiario[87]. Los DDHH como límites al poder del Estado, también son exigibles a nivel interno[88], y solamente cuando el Estado falle en sus obligaciones para con las personas bajo su jurisdicción, estas pueden acudir a sistemas internacionales de protección para el resarcimiento de sus derechos.

De esta forma, respecto al Ecuador, si bien las obligaciones internacionales del Estado son directamente exigibles a nivel interno[89], la Constitución de la República también consagra varios DDHH[90]. La exigibilidad de estos derechos y su consecuente reparación se la hace a través de las garantías jurisdiccionales[91]. Al igual que en el DIDH, no es necesaria la referencia al elemento daño, precisamente por la naturaleza de la obligación. En este sentido, el artículo 10 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé, como requisitos de la demanda de garantía, entre varios otros,

> […]
> 3. La **descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño**. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona accionante no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su acción.
> […]

87 Al respecto, *vid*. Vargas Vera, Georgina. "La aplicación del principio de subsidiariedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Iuris Dictio* Vol. 21 (2018), pp. 99-109.
88 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 282-13-JP/19*. Sentencia, 4 de septiembre de 2019, párr. 30. *Vid*. Constitución de la República… *Eiusdem*. Artículos 3, numeral 1 y 11, numeral 9.
89 Constitución de la República… *Eiusdem*. Artículo 426, inciso final.
90 Constitución de la República… *Eiusdem*. Artículo 10.
91 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículos 1 y 6. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

> 8. Los **elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales**, excepto los casos en los que, de conformidad con la Constitución y esta ley, se invierte la carga de la prueba […] (énfasis añadido)[92].

En este artículo, la mención del daño en el numeral tercero es sinónimo a la violación del derecho; es decir queasí como en el proyecto de artículos de responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, no se hace alusión al daño *per se* como un requisito para la responsabilidad del Estado. Los requisitos son una descripción del acto u omisión que generó la violación de los derechos constitucionales de la víctima, a modo de fundamentos de hecho; y, la prueba sobre la existencia del acto u omisión violatorio de derechos.

6. Conclusión

A través del presente artículo se ha buscado demostrar la irrelevancia de considerar al elemento daño para establecer la responsabilidad estatal cuando se generan vulneraciones a los DDHH. Como se ha podido evidenciar, en la responsabilidad civil, es importante la consideración de cuatro elementos para la determinación de la responsabilidad extracontractual de una persona frente al agravio a un tercero, y la consecuente obligación de resarcir tal perjuicio. Esto, con base en la teoría de la distribución de los infortunios y los daños que una persona está obligada a soportar. Consecuentemente, en esta materia no resulta viable que se omita la consideración del elemento daño, pues constituye una prueba palpable del deber de reparación.

Asimismo, se realizó un análisis del régimen de los DDHH en materia de reparación, cuya naturaleza —en contraposición a la teoría de la distribución de los infortunios— tiene como pilar fundamental la protección a la dignidad humana frente al poder estatal. En este sentido, es posible concluir que las relaciones en el marco de la responsabilidad civil y el Derecho de Daños se concretan entre iguales, mientras que en el régimen de responsabilidad estatal en lo relativo a DDHH, el Estado siempre se encontrará en un plano de superioridad, por lo que este será el llamado a garantizar y respetar los derechos de los individuos.

En la misma línea, se analizó el régimen de responsabilidad estatal internacional en el DIDH, en calidad de corolario del sistema de protección de los DDHH. El proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos no toma como requisito al elemento daño para la atribución de responsabilidad del Estado. Esto, debido a dos razones: en primer lugar, la consideración del daño como consecuencia de un hecho

92 *Eiusdem*. Artículo 10.

ilícito es algo de lo que deben ocuparse las normas primarias de DIP, y este proyecto, siendo una norma secundaria, no tendría por qué regular el elemento daño. Y la segunda, como consecuencia lógica de lo mencionado, radica en que las normas internacionales de DDHH —siendo normas primarias— no consideran al elemento daño. En este sentido, una acción u omisión del Estado que afecte derechos, deberá ser sancionada sin la necesidad de argüir un daño, puesto que el objetivo de sus obligaciones es la protección de los derechos y dignidad de las personas.

Es posible concluir entonces que en DIDH, es el hecho internacionalmente ilícito (es decir, la vulneración de DDHH) el elemento que genera responsabilidad internacional; siendo el daño la consecuencia de dicha vulneración. El ordenamiento jurídico ecuatoriano también toma en cuenta este razonamiento, pues al establecer los requisitos para la presentación de una garantía jurisdiccional no es necesaria la consideración del daño como un elemento autónomo, a fin de atribuir responsabilidad estatal por la violación de un derecho constitucional, sin perjuicio de su posterior importancia para analizar y determinar qué medidas debe tomar el Estado para reparar integralmente tal violación.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Culpa de la víctima como eximente de responsabilidad: ¿un análisis de causalidad o culpabilidad?

Victim's Fault as an Exoneration of Liability: An Analysis of Causality or Negligence?

Paúl Ricardo Carrera Torres*
Felipe Nicolás Roldán Carrillo**
María Alejandra Vera Saltos***

Recibido / Received: 1/03/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1692

Citación:
Carrera Torres, P. R., F. N. Roldán Carrillo, y M. A. Vera Saltos. «Culpa de la víctima como eximente de responsabilidad: ¿un análisis de causalidad o culpabilidad?». *USFQ Law Review*, Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 227-245, doi:10.18272/ulr.v7i1.1692.

* Investigador independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: pcarrerat@estud.usfq.edu.ec; polocarreratorres@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-6717-496X

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: fnroldan@estud.usfq.edu.ec; felipe.roldan97@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-0673-7009

*** Investigadora independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: mverasaltos@estud.usfq.edu.ec; alevera97@hotmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-2725-5092

Resumen

Al pasar de los años, el sistema de la responsabilidad civil, en general, se concibió con la finalidad de que la víctima sea indemnizada por los daños sufridos. Sin embargo, en el régimen de la responsabilidad civil extracontractual, existen situaciones en las que la víctima participa activamente en la producción de su propio daño. Frente a esto, se ha pretendido dilucidar si la llamada culpa de la víctima responde a la hipótesis de concurrencia de culpas o culpa exclusiva de la víctima, tomando en cuenta dos de los elementos que rigen el Derecho de Daños: culpabilidad y causalidad.

Palabras Clave

Culpabilidad; causalidad; responsabilidad civil; culpa de la víctima; concurrencia de culpas

Abstract

Throughout the years, the civil liability's system has been conceived as a mechanism to avoid the victim from not being repaired for the damages that have been caused to it. However, there are situations in which the victim is an active participant in the self-infliction of its damage. For this matter, it has been attempted to determine whether the victim's participation in the damage falls into the hypothesis of contributory negligence or if it fits into the hypothesis of the victim's fault considering two of the elements that rule Torts Law: culpability and causality.

Keywords

Negligence; *causality*; *civil liability*; *victim's fault*; *contributory negligence*

1. Introducción

La acepción de responsabilidad que da origen al Derecho de Daños ha pasado por un gran proceso evolutivo. Inicialmente, la noción de responsabilidad se originó del concepto de venganza, donde el hecho voluntario e ilícito producía un daño que debía ser vengado. No fue hasta que llegaron los tiempos modernos cuando el Derecho de Daños se caracterizaría, principalmente, por su función eminentemente compensatoria.

La responsabilidad civil extracontractual, como se ha concebido en los diversos sistemas jurídicos en la actualidad, responde a un carácter indemnizatorio que se funda en un principio básico: la distribución de los infortunios. Por lo tanto, el Código Civil ecuatoriano establece que el que ha dañado a otro está obligado a repararlo.

Sin embargo, sucede con frecuencia que la propia víctima tiene una participación estelar en el resultado dañoso. Frente a esta situación, la solución propuesta por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, resulta confusa, al generalizar dos apartados distintos del Derecho de Daños como uno solo: culpa de la víctima. Precisamente esta confusión es la que busca resolver el presente trabajo, respondiendo a la pregunta: ¿debe o no tomarse en cuenta el elemento subjetivo en la culpa de la víctima?

En primer lugar, se expondrá un panorama general sobre los elementos clásicos que deben verificarse para que se configure un daño resarcible. Este será el punto de partida para contrastar con el panorama que se produce cuando la propia víctima participa en el *iter* dañoso. Por consiguiente, se procederá a analizar la culpa exclusiva de la víctima y la relevancia del elemento subjetivo respecto de esta, para finalmente estudiar la concurrencia de culpas.

2. Elementos de la responsabilidad civil

Para Alessandri, la noción de responsabilidad está definida por su resultado, es decir las consecuencias jurídicas por las que el autor de un hecho está obligado a responder[1]. Para Gamarra es el surgimiento de la obligación resarcitoria a cargo del ofensor, obligación que no existía con anterioridad al cometimiento del hecho ilícito[2]. Es decir, es aquella obligación de indemnizar a un tercero por el daño que se le ha ocasionado, como consecuencia de un delito o cuasidelito, proporcionándole el derecho para exigir su cumplimiento a quien ocasionó el perjuicio.

1 Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno*. Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943, p. 11.
2 Gamarra, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 1996, p. 31.

Para que un hecho dañoso pueda generar una obligación de reparar, es necesaria la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil. Estos reflejan ciertas circunstancias necesarias y suficientes para que se configure la obligación compensatoria. Doctrinariamente, todas las opiniones coinciden en la necesidad de concurrencia de elementos para que nazca la obligación de reparar[3].

A lo largo de los años, la opinión de la doctrina ha variado respecto de la aplicabilidad de los elementos de la responsabilidad civil. Para Colombo, por ejemplo, es necesaria la concurrencia de cinco elementos[4]. Por otro lado, Laurent considera necesario el cumplimiento de cuatro[5]. En contraste, autores como Salvat[6] y Mazeaud[7] estiman que es necesaria la concurrencia de tres elementos. Para el análisis del presente artículo se tomarán en consideración los fundamentos desarrollados a continuación.

2.1. Daño

El objetivo principal de la responsabilidad civil es corregir el efecto adverso que el hecho de un tercero le ha causado a una víctima. Analizar el daño es una "condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad civil"[8]. En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 2214 del Código Civil busca definir al daño en la medida que: "[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que **ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización;** sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito" (énfasis añadido)[9]. Sin embargo, esta disposición legal no define al daño *per se* por lo que es necesario referirnos a lo que doctrinariamente se entiende por daño. Para Alessandri, el daño es la pérdida, disminución o detrimento, ya sea en su persona, bienes o beneficios de orden patrimonial o extrapatrimonial de las que gozaba quién recibió el daño[10].

La definición lata de daño es todo perjuicio ocasionado a una persona. No obstante, no todo daño es relevante para el mundo jurídico. Únicamente los daños resarcibles son relevantes para la responsabilidad civil extracontractual.

3 Tinti, Guillermo P. "Responsabilidad Civil". *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación*, No. 37/38 (2005), pp. 1-3.
4 "Hecho positivo o negativo de un agente, violación a un derecho ajeno, daño, nexo causal entre el acto y la consecuencia y la imputabilidad". Colombo, Leonardo A. *Culpa Aquiliana (Cuasidelitos)*, segunda Edición. Buenos Aires: La Ley, 1947, p. 269.
5 "Hecho dañoso, acto ilícito, imputabilidad y culpa". Laurent, François. *Principes de droit civil français*, tomo 20. París: A. Durand & Pedone Lauriel, 1876, p. 409.
6 Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuente de las Obligaciones*, cuarto tomo. Buenos Aires: Tipográfica Editorial Argentina, 1958, p. 43.
7 Mazeaud, Henri *et al*. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, segundo tomo. Buenos Aires: Ejea, 1961, p. 58.
8 Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 215.
9 Código Civil. Artículo 2214. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.
10 Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno*. *Óp. cit.,* p. 213.

Ahora, ¿cuándo un daño debe ser resarcible? Es resarcible cuando este afecta a un bien jurídico protegido, ya sea de carácter patrimonial o extrapatrimonial[11]. Este debe ser cierto, real y efectivo. Es cierto cuando se ha vulnerado un interés tutelado o propio[12]; es real y efectivo cuando se puede comprobar el perjuicio ocasionado. No se puede indemnizar un daño que presenta características de incierto, hipotético o eventual[13].

2.2. Hecho antijurídico

El doctrinario De Cupis, establece que la antijuridicidad es una cualidad del daño, más que un comportamiento jurídicamente reprochable, por lo que debe ser analizada independientemente de la culpa[14]. A pesar de esto, la doctrina ha prescindido de analizar este elemento como un requisito independiente y con contenido propio. Se considera que el concepto de culpa es suficiente para englobar el concepto de ilicitud, se entiende que hay una relación causal entre la falta y el daño causado[15].

Por lo general, se hace referencia a este elemento como hecho ilícito, dado que es un obrar contrario a la ley que genera daño a otro y, consecuentemente, nace la obligación de reparación[16]; no obstante, no todo daño es contrario a la ley sino al ordenamiento jurídico por lo que es más preciso tratarlo como hecho antijurídico. Este nace del principio que inspira orden en el régimen de responsabilidad civil que es el *alterum non laedere*, el cual establece un deber general de no dañar a otros injustamente[17]. ¿Qué busca este deber general de responsabilidad? Enmarcar conductas de las personas dentro del estándar establecido en el ordenamiento jurídico aplicable.

2.3. Causalidad

La causalidad existe para determinar la relación entre el hecho por el cual se debe responder y el daño que se ha provocado[18]. En palabras de Barros la "causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño"[19]. Esta cumple un papel trascendental

11 Zannoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1987, p. 10.
12 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *Sentencia No. SC16690-2016*. Sentencia, 17 de noviembre de 2016, pp. 40-43.
13 Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, segunda edición. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018, pp. 3-6.
14 De Cupis, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 84.
15 Tunc, André. *La responsabilité civile*. París: Económica, 1981, p. 10.
16 Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cuarta edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 86.
17 Papayannis, Diego M. "La práctica del *alterum non laedere*". *Isonomía*, No. 41 (2014), p. 22.
18 Compagnucci de Caso, Rubén. "Antijuridicidad y Relación Causal". *Revista de Derecho de Daños: Relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2003-2 (2003), p. 32.
19 Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*. *Óp. cit.,* p. 373.

y tiene dos efectos muy precisos: en primer lugar, establece la posibilidad de imputar un resultado dañoso y, en segundo lugar, ayuda a fijar la extensión de la reparación[20]. El artículo 2214 del Código Civil prescribe que quién ha inferido daño a otro está obligado a indemnizarlo. Se deduce que el término inferido hace referencia a la necesidad de existencia de un nexo causal entre el daño y el hecho antijurídico. Por lo que, entre el hecho y el daño, debe existir una relación necesaria y directa[21].

Para acreditar la existencia del nexo causal es necesario demostrar que el hecho por el cual se va a responder es una condición necesaria del daño[22]. Cuando un resultado dañoso se debe únicamente a un hecho específico, no hay mucha dificultad para determinar la causa de este. Pero ¿qué pasa cuando concurren distintos hechos que causan un mismo daño o son causas sucesivas? ¿Cuál de estas es la que ocasionó el daño resarcible? La doctrina ha desarrollado distintas teorías para determinar cómo se debe analizar el tema de la causalidad en cada caso específico: teoría *sine qua non*, causalidad próxima, causalidad más adecuada, causa preponderante y causa eficiente. A pesar de que en la jurisprudencia y la legislación ecuatoriana no haya uniformidad respecto de la aplicación de las teorías de causalidad, poca relevancia tiene para el presente artículo, ya que lo que se busca analizar es cuál es la aplicabilidad de los elementos de la responsabilidad civil cuando existe participación de la víctima en el hecho dañoso, independientemente de la concurrencia de varios hechos dentro del *iter* dañoso.

2.4. Culpabilidad

La culpa o factor de atribución es un requisito fundamental al momento de analizar la responsabilidad civil. Esta ayuda a atribuir o imputar un hecho determinado al sujeto que ocasionó el daño. En la medida que podamos atribuir el hecho dañoso a su autor se podrá obligarlo a compensar el perjuicio ocasionado[23]. En sentido lato, se entiende que la culpa es el quebrantamiento de un deber jurídico, sea dolosa o culposamente[24]. Para la responsabilidad civil extracontractual, el factor de atribución está bifurcado en dos componentes.

El primer componente es un factor de atribución subjetivo, que tiene dos elementos sujetos a un juicio negativo de valor. Uno responde a un deber general de cuidado, pues existe ausencia de intención lesiva, llamada también culpa o negligencia. El otro responde a una conducta ilícita que resulta de la intención de causar un daño determinado, también conocido como dolo o

20 Mazeaud, Henri *et al*. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, *Óp. cit.,* p. 100.
21 Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno*. *Óp. cit.,* p. 241.
22 Abeliuk Manasevich, René. *Las obligacione*s, tercera edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 209.
23 Gamarra, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo 17. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 1996, p. 10.
24 Giorgi, Jorge. *Tratado de las obligaciones en el Derecho Moderno*, tomo 2. Madrid: Reus, 1928, p. 22.

culpa intencional[25]. El segundo componente, es un factor de atribución objetivo. Este atiende al resultado que se sigue causalmente de una acción. Se crea una obligación de reparar todo daño producido a causa del ejercicio de cierta actividad, sin importar la diligencia empleada[26].

3. Culpa de la víctima: análisis de inimputabilidad total

3.1. Antecedente doctrinario

Sucede que el tercero a quien se le imputa la responsabilidad por un daño ocasionado sufre un detrimento a su patrimonio, mientras que la víctima, sin que exista una causal de enriquecimiento sin motivo, recibe la indemnización correspondiente[27]. Esta fórmula, sencilla a primera vista, encierra un conjunto de interrogantes que deben ser dilucidadas con miras al correcto funcionamiento del sistema que propone el Derecho de Daños.

Como se mencionó anteriormente, a la luz del Derecho cada elemento es relevante para que exista imputación. En este contexto, cabe recalcar que la causalidad hace referencia a constataciones fenomenológicas del origen del daño, mientras que la imputación es una verdadera atribución jurídicamente relevante[28]. Sin embargo, dada la naturaleza del comportamiento del ser humano y de hechos externos provenientes de terceros o de la naturaleza, pueden darse causas extrañas que el juez debe analizar como eximentes de la responsabilidad de quien fue imputado: (i) culpa de la propia víctima; (ii) caso fortuito o fuerza mayor; y (iii) el hecho de un tercero[29].

Se puede decir que la víctima, por simple lógica, interviene normalmente en la producción del daño. Si lo llevamos al absurdo y no tenemos ninguna observación respecto de esta afirmación, significa que incluso el estar presente en cierto lugar y en cierto momento es una contribución a la consumación del daño. Por esto resulta imprescindible estudiar con suficiente detenimiento la participación de la víctima. Esta participación "puede tener consecuencias relevantes a la hora de otorgar, negar o reducir una indemnización de perjuicio"[30].

25 López Mesa, Marcelo. "La supervivencia de la culpa como factor de atribución de responsabilidad". *Revista de Derecho de Daños*, 2009-2, tomo 2 (2009), p. 19.
26 Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Óp. cit.,* pp. 29-30.
27 *Id.,* p. 435.
28 Díez-Picazo, Luis y Ponce de León, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad extracontractual.* Pamplona: Civitas y Thomson, 2011, p. 336.
29 Patiño, Héctor. "Las Causales exoneratives de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado". *Revista de Derecho Privado*, No. 20 (2011), p. 376.
30 Bahamondes O., Claudia y Pizarro W., Carlos. "La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No. XXXIX (2012), p. 40.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano recoge, en el artículo 2230 del Código Civil, lo siguiente: "[l]a apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente"[31]. En este sentido, cabe proponer un análisis con la finalidad de resolver que el alcance de lo prescrito en el artículo 2230 no abarca la culpa exclusiva de la víctima, acarreando la incertidumbre de bajo qué circunstancias existiría exoneración total de responsabilidad.

3.2. Eximente de responsabilidad: culpa de la víctima

Es primordial aclarar que, doctrinariamente, la culpa de la víctima es tratada usualmente desde el punto de vista de la causalidad. La culpa de la víctima se considera en el nexo causal como "una circunstancia determinante para su ruptura (si es exclusiva) o que interfiere en el mismo (si es concurrente)"[32]. Medina Alcoz indica que, "para que la intervención de la víctima en el hecho generador de la responsabilidad pueda tener alguna trascendencia es preciso que, en alguna medida, sea causa del daño (*causa causans*) y no simple condición *sine qua non* de él (...)"[33].

Domínguez Ávila señala que, "si la culpa de la víctima es la única causa exclusiva del daño, el fundamento del efecto exonerador total parece claro: la intervención de la víctima en su propio daño dirime todo posible nexo causal con el hecho que se imputa al demandado"[34]. Como indican los doctrinarios Mazeaud, la culpa de la víctima solo implica inimputabilidad cuando "el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial (…)"[35].

Queda claro que la culpa de la víctima debe ser considerada como un eximente de responsabilidad total, siempre que esta sea la única causa exclusiva y determinante del daño. La actuación de la víctima es la que, inequívocamente, podría conllevar como consecuencia ese determinado resultado dañoso.

Esta figura tiene como fundamento que, quien con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, produjo exclusivamente su propio

31 Código Civil… *Eiusdem*. Artículo 2230.

32 Gómez Calle, Esther. *La contribución de la víctima a la causación del daño en Derecho de Daños*. Pamplona: Thomson Reuters, 2013, p. 266.

33 Medina Alcoz, María. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual.* Madrid: Editorial Dykinson, 2003, p. 123.

34 Domínguez Águila, Ramón. *Sobre la culpa de la víctima y la relación de causalidad* en *Responsabilidad Civil,* p. 140. En Carlucci, Aída Kemelmajer de. *Responsabilidad Civil*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2007.

35 Mazeaud, Henri; Mazeaud, León y Mazeaud, Jean. *Lecciones de Derecho Civil,* parte segunda. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960, pp. 332-333.

perjuicio, debe asumir las consecuencias de su actuar[36]. "[L]a causalidad como elemento, corresponde a la constatación objetiva de una relación natural de causa-efecto, mientras que la culpabilidad como fundamento, se refiere a la valoración subjetiva de una conducta"[37]. Es así como lo principal es determinar objetivamente el hecho antijurídico; y aclarar si es necesario que, además, se analice la culpa en el comportamiento de la víctima o si, al contrario, se trata de un caso de erróneo uso de palabras.

3.3. Breve repaso de la culpa de la víctima en el derecho comparado: ¿es necesario el análisis de la culpabilidad?

Se ha establecido que el hecho de la víctima es, cumpliéndose ciertos elementos, un eximente de responsabilidad del demandado. En este punto lo trascendental es determinar si, a la luz del derecho comparado, basta probar la existencia de un hecho por culpa de la víctima o debe analizarse la culpabilidad en su comportamiento. Se ha optado por tomar como referencia, principalmente, a dos legislaciones extranjeras: la argentina y la chilena. La primera porque llama la atención el cambio en la nueva normativa relacionada al tema de estudio, la segunda por tener un régimen civil bastante similar al ecuatoriano.

Por un lado, en Argentina, la solución se encontraba en la regla de los artículos 1113 y 1111 del Código Civil derogado que prescribía lo siguiente: "[e]l hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna"[38]. Tomando en cuenta la interpretación conjunta de ambos artículos, no podía inferirse la necesidad de considerar el elemento culpa en la actuación de la víctima, ya que el artículo 1113 se refiere al deber de vigilancia, es decir a un caso de responsabilidad indirecta.

En el derecho argentino, doctrinariamente se había afirmado, como sostiene Alterini, que "el efecto exonerativo que se asigna a la culpa de la víctima no [podía] ser extendido a su mero hecho"[39]. Se corroboraba que, "el efecto eximitorio de responsabilidad sólo puede ser predicado respecto a la culpa de la víctima en sentido estricto y no puede ser extendido al llamado hecho de la víctima"[40].

Por otro lado, a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, llama la atención que no se prescriba un artículo en los términos del antiguo Código

36 Máximo Pita, Enrique. "El hecho de la víctima como eximente parcial de responsabilidad". *Revista de Derecho de Daños. La culpa,* tomo II (2009), p. 248.
37 Patiño, Héctor. "Las Causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual…". *Óp. cit.,* p. 388.
38 Código Civil de la República de Argentina (1869). Artículo 1111.
39 Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana Roberto M. *Temas de responsabilidad civil: contractual y extracontractual.* Buenos Aires: UBA. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1995, p. 96.
40 Máximo Pita, Enrique. "El hecho de la víctima como eximente parcial de responsabilidad". *Óp. cit.,* p. 253

Civil, que se refiera a la culpa de la víctima; mientras que los artículos 1730 y 1731 aluden a las otras dos causales de exoneración explícitamente. En este sentido, el artículo 1730 establece:

> [s]e considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. **El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario**. Este Código emplea los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor" como sinónimos" (énfasis añadido)[41];

mientras que el artículo 1731 prescribe: "[p]ara eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito"[42].

Ciertamente, es el artículo 1719 de este cuerpo normativo, que es el que tiene mayor similitud respecto de los artículos derogados, prescribe:

> La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad **a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal** (énfasis añadido)[43].

Sin embargo, este artículo se refiere, en un primer momento, a la asunción de riesgos y, en un segundo instante, a los actos de abnegación o altruismo[44]; hipótesis que no responde a la noción de culpa de la víctima como se ha planteado. En la legislación civil vigente en Argentina no se encuentra una verdadera solución.

En cambio, en Chile, es relevante mencionar que, respecto de la culpa de la víctima, el artículo 2330 del Código Civil prescribe una solución siempre que se trate de la concurrencia de culpas y no de la culpa exclusiva de la víctima[45]. Por ello, en el ordenamiento jurídico chileno —como en el ecuatoriano— la idea de hecho de la víctima se ha construido doctrinaria y jurisprudencialmente.

Alessandri indicaba que "el deber de cuidado respecto de los demás también se aplicaría a la víctima para sí misma y respondería, de igual manera, a la necesidad de conducirse con la prudencia que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios […]"[46]. En realidad, no hacía la distinción entre un verdadero deber jurídico correspondiente al principio *alterum non laedere* respecto de terceros y la carga que tiene cada persona de velar por sus propios

41 Código Civil y Comercial de la Nación de la República de Argentina (2014). Artículo 1730.
42 *Eiusdem.* Artículo 1731.
43 *Eiusdem.* Artículo 1719.
44 Herrera, Marisa. *Comentarios al Código de la Nación*, tomo IV. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 423.
45 Código Civil de la República de Chile (1855). Artículo 2330.
46 Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. *Óp. cit.,* p. 412.

intereses. Desde esta óptica, la culpa de la víctima debería ser tratada bajo el mismo estándar que el elemento subjetivo en las actuaciones del demandado, y al no existir presunción de culpabilidad en materia extracontractual, esta necesitaría ser probada.

Ahora, autores como Hernán Corral y Lilian C. San Martín Neira[47] coinciden en que sencillamente cuando se alega la culpa exclusiva de la víctima no es necesario ni debe hacerse la valoración jurídica de su conducta, únicamente la del agente.

Respecto de la situación en el Ecuador, son varios los puntos que necesariamente deben ser tratados. Desde hace varios años, "el Derecho Civil aparece como el área menos dinámica del sistema jurídico; aparentemente, [este] no significa más la modernidad sino el atraso"[48]. Esta afirmación, en realidad, tiene dos claros sustentos. Es indiscutible que el contenido del Código Civil es una reliquia que se debe conservar, sin embargo, debe adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad, pues en caso contrario resulta obsoleto. Como consecuencia inmediata de esto, los jueces realizan una incorrecta o superficial interpretación de los artículos y, también, los aplican erróneamente.

El artículo 2230 del Código Civil no se refiere a la culpa de la víctima y su interferencia vista desde el nexo causal, respondiendo a otro supuesto, como se demostrará en este ensayo más adelante. Al existir esta laguna legislativa, es la oportunidad de plantear una perspectiva que se considera necesaria para la adaptación de la responsabilidad civil. Cuando se habla de la culpa de la víctima "equivale aquí al hecho anormal de la víctima que interfiere en la relación de causalidad"[49]. En este sentido, es preferible denominar de forma genérica a esta causal exonerativa como hecho de la víctima, debido a que la noción de culpa es un concepto que resulta poco conveniente.

Por un lado, al igual que en países como España, como lo menciona Díez-Picazo[50], se considera que es suficiente que se pruebe el hecho antijurídico de autoría exclusiva de la víctima, es decir, el mero hecho resultaría suficiente para que el demandado se beneficie. Por otro lado, simplemente porque como mencionan la legislación y la doctrina francesa[51], procesalmente con la prueba del hecho antijurídico se estaría probando al mismo tiempo el

47 Sobre el elemento subjetivo en la culpa de la víctima en Chile, *vid.* Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 200; y, San Martín Neira, Lilian. "Culpa concurrente de la víctima y daño por rebote o repercusión". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2ndo semestre (2016).

48 De Trazegnies Granda, Fernando. "El Derecho Civil ante la post modernidad". *Iuris Dictio*, Vol. 4 (2001), p. 5.

49 Domínguez Águila, Ramón. *Sobre la culpa de la víctima y la relación de causalidad en Responsabilidad civil*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2007, p. s/p.

50 Díez-Picazo, Luis y Ponce de León, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad extracontractual. Óp. cit.,* p. 306.

51 Chabas, François. "L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation". *Revue internationale de droit comparé* (1968), p. s/p.

elemento subjetivo. Resulta difícil pensar en una situación en la que exista un hecho antijurídico no culpable. No existe hecho culposo que no sea antijurídico.

En la misma línea, debe entenderse la noción culpa como la violación del deber de cuidado de una persona frente a otra, por lo que, "solo en sentido no técnico puede hablarse de culpa de la víctima, ya que ésta al actuar infringe solamente el mandato de no obrar en contra de su propio interés"[52]. Existen casos particulares en que la propia víctima se provoca un daño, se expone a un riesgo o sufre de alguna predisposición[53] situaciones que no se toman en cuenta respecto de la causal de exoneración de la responsabilidad del tercero. Se puede inferir que las víctimas, por regla general, no propician sus menoscabos patrimoniales o extrapatrimoniales.

En caso de requerir que se analice el elemento subjetivo para que exista un eximente de responsabilidad, requeriría el juez entender las razones de la víctima de provocarse un daño, cual sea su naturaleza, y el demandado tendría la carga adicional de probar en qué sentido la victima transgredió sus propios intereses, lo cual no resulta viable.

4. La concurrencia de culpas

4.1. Análisis de la concurrencia de culpas

A pesar de la distinción mencionada anteriormente, no siempre resultó descabellado unificar a la culpa exclusiva de la víctima con la concurrencia de culpas y llamarlas, en concreto, culpa de la víctima. Esto responde al hecho de que, desde los inicios del desarrollo de este apartado de la responsabilidad civil, los romanos manejaron un sistema llamado, doctrinariamente, "todo o nada"[54], que más tarde se desarrollaría como "compensación de culpas"[55]. Como se analizó en la sección anterior, la culpa exclusiva de la víctima funciona como un eximente de responsabilidad que tiene como consecuencia la liberación de responsabilidad del agente. En consecuencia, la víctima del daño no tendría derecho a recibir indemnización alguna[56].

52 Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil. Óp. cit.,* p. 367.

53 Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Civil chileno. Óp. cit.,* p. 216

54 Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Óp. cit.,* p. 428.

55 San Martín Neira, Lilian C. "La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones de la luz del análisis de algunas fuentes romanas". *Revista de Derecho Privado*, No. 27 (2014), p. 41.

56 En el Digesto si se previó, sin embargo, que de haber culpa de la víctima y una actuación dolosa por parte del perpetrador del daño, se debía resarcir. En este caso operaba el todo, indemnizando por completo a la víctima aun si esta tenía una actuación jurídicamente relevante para la perpetración del daño.

En el derecho romano, y a lo largo de la historia en países de tradición del *Common Law*, la concurrencia de culpas funcionaba de una manera similar. De probarse que fue la víctima del daño quien se expuso imprudentemente a este, el resultado solía ser el mismo al que tenemos actualmente con el régimen de la culpa exclusiva: la víctima no tenía derecho a ser resarcido por los daños causados[57].

El panorama en la actualidad es distinto. Al presente, en el supuesto de concurrencia de culpas, la indemnización puede verse sujeta a reducción. Esto en el supuesto en el que tanto la víctima como el perpetrador participen en el *iter* causal, y a ambas partes pueda atribuírseles culpabilidad[58]. Así lo prevé nuestra legislación, al prescribir, en el artículo 2230 del Código Civil: "[l]a apreciación del daño está sujeta a **reducción**, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente" (énfasis añadido)[59]. Si bien este artículo no señala expresamente la actuación del agente dentro del hecho dañoso sino la de la persona que ha sufrido el daño, puede concluirse que se refiere a concurrencia de culpas al hablar de una reducción de la apreciación del daño. Esto presupone algo que reducir, *ergo*, un daño generado anteriormente, y, por lo tanto, un nexo causal entre este y otro sujeto.

Norma idéntica presenta el Código Civil chileno en su artículo 2330[60], y el artículo 2357 del Código Civil colombiano[61]. Todas estas derivadas de la adaptación de la teoría de Christian Wolff[62] en el Código Civil austriaco de 1801, que establece en su artículo 1304: "si en el daño concurre también la culpa del dañado, esta carga con la culpa junto al autor del daño proporcionalmente, y si no puede determinarse la proporción, se cargará con la culpa en partes iguales"[63].

Puede verse con claridad que existen diferencias significativas entre la categoría de la compensación de culpas anterior y la concurrencia de culpas contemporánea. A efectos de este análisis inicial, se quiere demarcar la diferencia central en dos puntos. En primer lugar, lo respectivo a la consecuencia de la concurrencia de culpas, y, en segundo lugar, la relevancia del análisis de la culpabilidad.

Lo anterior, además, no es de poca relevancia. El tratamiento que se le da al análisis de los elementos de la responsabilidad civil respecto de la concurrencia

57 San Martín Neira, Lilian C. "La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima…". *Óp. cit.,* p. 40.
58 Díez-Picazo, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 367.
59 Código Civil…*Eiusdem*. Artículo 2230.
60 Código Civil de la República de Chile (2000). Artículo 2330. "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".
61 Código Civil de la República de Colombia (2006). Artículo. 2357. "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".
62 Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*. *Óp. cit.,* p. 428.
63 Traducción libre del italiano. Código Civil Austriaco (1815). Artículo 1304. "*Se nel danno concorre anche la colpa del danneggiato, questi lo porta proporzionatamente coll'autore del danno, e se non puo determinarsi la proporzione, lo portano in parti eguali*".

de culpas es una importante línea demarcatoria. En el derecho romano, que la concurrencia de culpas operase como un "todo o nada", y, en principio, como un eximente de responsabilidad, llevaría a pensar que el análisis de esta categoría se centraría únicamente en el elemento de la causalidad, al desproporcionar de valor la actuación culposa del agente dentro de la concurrencia de culpas. Cosa distinta sucede en la concepción actual de la concurrencia de culpas, el hecho de que se tenga que probar que la persona que ha sufrido el daño "se expuso a él imprudentemente"[64] obliga a realizar no solo un análisis respecto del elemento causalidad, sino —con especial énfasis— en el elemento culpabilidad.

4.2. El fundamental análisis de los elementos culpabilidad y causalidad en la concurrencia de culpas

Como se mencionó con anterioridad, el análisis que se hará respecto de la causalidad dentro de esta sección, también responderá a lo que —se considera— es la teoría de causalidad que se utiliza principalmente en el Ecuador: la teoría de la equivalencia de las condiciones.

El análisis de la concurrencia de culpas no desobedece al resto de apartados del Derecho de responsabilidad civil cuando se considera fundamental la relación causa-efecto entre el hecho ilícito y el daño causado[65]. De esta manera, poco sentido tendría que se trate de imputar la responsabilidad de un daño a alguien que no ha tenido participación dentro del *iter* causal en el cual se ha generado este, como poco sentido tendría el imputar un daño a una persona, que, si bien ha contribuido en el *iter* causal, no se le puede atribuir negligencia o dolo alguno.

Al inicio de su análisis respecto de las relaciones de causalidad en la responsabilidad civil, Alessandri establece lo siguiente:

> Para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito le imponga responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta que ese hecho u omisión haya sido ejecutado con dolo o culpa […] es menester que entre el dolo y la culpa […] haya una relación de causalidad, es decir, que este sea la consecuencia o efecto de ese dolo o culpa[66].

Para efectos del análisis de la presente sección, es quizás pertinente, revertir este silogismo y añadir que no basta tan solo con una relación de causalidad

64 *Eiusdem*. Artículo 2230.

65 González Ulate, Rosalena. *El nexo de causalidad en la teoría de la responsabilidad civil. Breves reflexiones a partir de la confrontación entre la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Primera*, 2013. https://salaprimera.poder-judicial.go.cr/phocadownload/Temas_jurisprudenciales/Causalidad.pdf (acceso: 03/12/2019).

66 Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. *Óp. cit.,* p. 328.

entre dos hechos que generan un daño, sino que es absolutamente fundamental que se hayan ejecutado estos hechos, cuya causalidad se ha verificado, de manera culposa o dolosa. Como bien establece Barros Burie:

> […] lo usual será que el hecho de la víctima no afecte la responsabilidad, aunque haya sido causalmente determinante […] distinto es el caso cuando la negligencia de la víctima ha intervenido causalmente en la producción del daño[67].

Lo antes enunciado no solamente marca un parámetro diferenciador dentro de la comparación histórica del tratamiento de la concurrencia de culpas, sino que es fundamental para comprender la importancia que tiene la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil. No considerar, tanto al elemento culpabilidad como al elemento causalidad dentro de la concurrencia de culpas —a diferencia, por ejemplo, de la culpa exclusiva de la víctima— desproporcionaría de méritos a la imputación por responsabilidad civil.

Para corroborar lo establecido es pertinente tomar en consideración el siguiente ejemplo: un transeúnte que camina por la acera es impactado por el conductor de un vehículo. Desde el análisis puro de la causalidad —basándonos principalmente en la teoría de la equivalencia de las condiciones[68]— ambos hechos, que el transeúnte esté caminando, y que el conductor lo impacte, contribuyen, aunque solo como hechos, a la perpetración del daño. Bien podría decirse que si es que el transeúnte no hubiera estado caminando en esa acera, el conductor no hubiese estrellado su vehículo contra él, y viceversa. Es justamente la valoración que se hace respecto de la culpabilidad de los sujetos que generan esos hechos, lo que le atribuiría a uno la obligación de indemnizar a otro.

Entonces, el supuesto cambiaría si se establece que el conductor del vehículo estaba manejando en estado de embriaguez y en exceso de velocidad, mientras que el peatón estaba caminando con regularidad y en observancia a las leyes, por la acera. Es cuando se agregan estos hechos —que llevan consigo un análisis de la culpabilidad de los sujetos— cuando puede concluirse que, efectivamente, estamos frente a un caso de culpa exclusiva del agente, ya que el transeúnte no ha contribuido con acto ilícito o negligente alguno a la perpetración del daño que se le ha causado.

Distinto sería el análisis, en contraste, si se indicara que el piloto del automóvil estaba sobrio, manejando debajo del límite de velocidad y con absoluta atención y diligencia, mientras que el transeúnte cruzó la calzada sorpresivamente, mientras su semáforo estaba en rojo, sin obedecer al paso peatonal y que, como consecuencia, fue atropellado. Ante esta situación, por otro lado, es fundamental concluir del análisis que la actuación en la que ha incurrido la víctima del daño ha sido ilícita. Como se mencionó en la sección anterior de

67 Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Óp. cit.,* p. 427.
68 González Ulate, Rosalena. *El nexo de causalidad en la teoría de la responsabilidad* civil. *Óp. cit.,* p. 7.

este trabajo, que la víctima realice un hecho antijurídico y que, por lo tanto, se genere un daño en su contra, permite concluir que, en este supuesto, se está frente a un caso de culpa exclusiva de la víctima.

Finalmente, y centrándose en el análisis de lo que atañe en esta sección, la imputación por responsabilidad cambiaría diametralmente si es que se evaluaran los hechos agregados en conjunto; es decir, si es que se añade que el conductor estaba manejando a exceso de velocidad y en estado de embriaguez, y que el transeúnte cruzó la calle sorpresivamente, sin atención a las leyes y mientras el semáforo estaba en rojo, pues nos encontraríamos —después de considerar que los hechos generados por ambos sujetos han sido negligentes e ilícitos— dentro del supuesto de la concurrencia de culpas.

Comentando entonces la famosa frase de Holmes, el análisis conjunto de la causalidad y de la culpabilidad es lo que permite que no se deje estar a la pérdida donde cae, sino que se traslade el daño a quien debe soportarlo[69].

4.3. Análisis jurisprudencial de la concurrencia de culpas y la valoración de los elementos de la responsabilidad civil

La jurisprudencia demuestra en reiteradas ocasiones, cómo el análisis de estos dos elementos en conjunto, es fundamental para demarcar ciertas conductas como imputables y ciertas otras como inimputables dentro de la culpa de la víctima.

Es así como la sentencia N° 26.680-2018 de la Corte Suprema de Chile, que ha fundamentado en gran medida el debate del presente artículo, muestra una interesante interpretación de la concurrencia de culpas por parte de los ministros chilenos. De los hechos del caso se desprende que, en una institución pública de cuidado de menores y adolescentes en Chile, el Servicio Nacional de Menores (en adelante SENAME), una adolescente de 17 años se quitó la vida ahorcándose con los cordones de sus zapatos. Se alegó, a lo largo del caso —y la misma posición sostuvieron los jueces del tribunal— que es evidente que la falta de diligencia y observancia del centro ha generado que una persona que ya contaba con varios trastornos psicológicos y tendencias suicidas, se autoinflija un daño. Se señaló, sin embargo, que es el agente negligente, SENAME, quien debe responder por los daños. En respuesta a esto, los demandados en el proceso alegaron que la víctima del daño se había expuesto a este imprudentemente y que, por lo tanto, la indemnización debería estar sujeta a reducción en virtud del artículo 2330 del Código Civil chileno[70].

69 Traducción libre. Sobre la distribución de los infortunios, *víd.* Posner, Richard A. *The Essential Holmes*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 253; y Díez-Picazo, Luis. *Derecho de Daños*. *Óp. cit.,* p. 42.

70 Corte Suprema de Justicia de Chile. *Rol N.º 26.680-2018*. Sentencia, 25 de octubre de 2019.

El caso mencionado presenta, fundamentalmente, dos discusiones primordiales dentro de la problemática de lo correspondiente a la concurrencia de culpas. En primer lugar, exhibe la discusión respecto de la valoración de la culpabilidad de una persona incapaz en la concurrencia de culpas y, en segundo lugar, la procedencia de la reducción de la indemnización en el daño rebote[71]. Sobre esta última discusión, a pesar de la riqueza del debate, no se hará referencia en el presente artículo.

Respecto del primer punto, es evidente que no se puede imputar culpa a un incapaz por las disposiciones establecidas en el artículo 2219 del Código Civil ecuatoriano. En el caso mencionado no se está frente a una incapacidad respecto de la edad de la víctima, sino respecto de otro tipo de incapacidad: la demencia. No es el objetivo de este artículo ahondar en las consideraciones de la inimputabilidad por incapacidad, pero este caso es fundamental para comprender que la concurrencia de culpas tiene como *sine qua non*, el análisis sobre la culpabilidad como elemento de la responsabilidad, y cómo este análisis puede determinar la imputación de responsabilidad civil.

Respecto del análisis de la concurrencia de culpas, pueden tomarse en consideración los criterios emitidos por la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana en el caso Florencio Andrade c. EMELMANABI, del año 2007[72]. En dicho caso, los demandados alegaron culpa de la víctima, Juan Pablo Andrade Bailón, de ocho años, ya que establecen que la actuación del niño es culposa en cuanto este recibió una descarga eléctrica al jugar con una varilla cerca de cables de alta tensión sin recubrimiento instalados por EMELMANABI[73]. La Corte Suprema se pronunció al respecto estableciendo que es imposible que se utilice a la actuación de un niño como un eximente de responsabilidad, al ser este incapaz según lo establecido en el artículo 2219 del Código Civil. La Corte Suprema, sin embargo, comete un error posteriormente. Dentro de los hechos del caso se desprende que el padre del niño, Florencio Andrade, también tuvo participación en el cometimiento del daño, ya que construyó su vivienda en inobservancia de la normativa respectiva a la construcción vigente, acercándola peligrosamente al cableado eléctrico de la zona. Florencio Andrade, en dicho caso, demandó daño moral, tanto por sus propios derechos, como en representación de los derechos de su hijo.

Tomando en consideración la participación del actor en el hecho dañoso, la Corte determinó que no cabía indemnización para la demanda de Florencio Andrade por sus propios derechos, pero sí respecto de la pretensión en representación de su hijo. Esta es una falla conceptual, ya que el Tribunal asemeja

71 Corral Talciani, Hernán. *Suicido en el Sename y culpa de la víctima*, 2019. https://corraltalciani.wordpress.com/2019/11/03/suicidio-en-el-sename-y-culpa-de-la-victima/ (acceso: 03/12/2019).

72 Corte Suprema de Justicia de Ecuador. *Gaceta Judicial 4*. Sentencia, 11 de abril de 2007.

73 En el caso, también se demanda al Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC), estableciendo que es el órgano responsable y el encargado de observar las medidas de seguridad de la provisión de energía eléctrica en el Ecuador.

directamente los efectos inmediatos de la culpa exclusiva de la víctima a los de la concurrencia de culpas, dejando —erróneamente, a nuestro parecer— el análisis de la concurrencia de culpas tan solo al elemento de la causalidad, y no reduciendo, como debía hacerlo, la indemnización según lo prescrito en el artículo 2230 del Código Civil.

Caso distinto fue el de la sentencia No. SC16690-2016 dictada por la Corte Suprema Colombiana. De los hechos del caso se desprende que el centro de salud colombiano, "Clínica El Bosque" omitió los resultados de un examen de bilirrubina realizado al recién nacido Guillermo Alejandro Campo Rosero, en el cual se establecían niveles anormales y peligrosos, que podrían acarrear consecuencias graves al neonato[74].

La Corte Suprema determinó que tanto la actuación negligente por parte del centro de salud, como el hecho de que los padres del recién nacido no hayan actuado oportunamente para realizar controles de salud a su hijo, contribuyeron al daño final sufrido por este: un grave nivel de discapacidad física y cognitiva. Similar al caso anteriormente mencionado, los padres de la víctima demandaron daño moral respecto de sus propios derechos, como en representación de su hijo. Sin embargo, en este caso, la Corte colombiana hace una distinción clara entre la demanda realizada en representación del niño, y la demanda realizada por los padres de este. Concluyen por lo tanto, que respecto del daño sufrido por los padres del recién nacido hay concurrencia de culpas, ya que tanto la Clínica El Bosque como estos, han sido negligentes en sus actuaciones; encontrando responsable a la Clínica en un 70% de los perjuicios causados, y a los padres en un 30%.

Es fundamental observar las distinciones entre los tres precedentes presentados, ya que puede verse claramente cuál ha sido el elemento de la responsabilidad que ha influido en su análisis y posterior decisión.

En el caso N° 26.680-2018 de la Corte Suprema de Chile, es evidente que el Tribunal rechaza que haya una concurrencia de culpas en razón al análisis, precisamente, de la imputación de culpabilidad a una persona incapaz. El análisis de la Corte muestra cómo —si bien ha existido causalidad entre el suicido y la inobservancia del SENAME— es el análisis de la culpabilidad lo que permite concluir que la actuación de la víctima, conjunta a la del centro, no configura una concurrencia de culpas.

En el caso Florencio Andrade c. EMELMANABI de la Corte Suprema ecuatoriana, puede observarse, en otra perspectiva, que es la falta del análisis del elemento culpabilidad, y la sola consideración de la causalidad y del hecho

74 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. *Causa No. SC16690-2016*. Sentencia, 17 de noviembre de 2016.

ilícito, lo que hace que la Corte aplique como eximente de responsabilidad a la concurrencia de culpas. En el caso, por lo tanto, de hacerse el análisis respecto de la actuación negligente de las dos partes que han contribuido al daño, se hubiese concluido correctamente, estar frente a un caso de concurrencia de culpa —y por lo tanto presentar una reducción a la indemnización por daños— y no, abiertamente, eximir de responsabilidad al agente por sus actuaciones.

Finalmente, el caso No. SC16690-2016 de la Corte Suprema Colombiana permite ver cómo se ha realizado un análisis concreto y completo tanto de la causalidad como de la culpabilidad, estableciendo que la actuación conjunta de los padres y del centro de salud (causalidad) ha contribuido, por ser negligente (culpabilidad), al daño moral generado hacia ellos mismos en calidad de víctimas. Es este análisis conjunto, como puede verse, lo que permite distinguir correctamente a la culpa exclusiva de la víctima de la concurrencia de culpas.

5. Conclusión

A lo largo de este trabajo, se ha podido evidenciar la relevancia que tienen los distintos elementos de la responsabilidad civil respecto de la imputabilidad por culpa de la víctima. Este tema es, indudablemente, uno de los que aún presenta áreas grises dentro del Derecho de Daños. Por la diversidad de opiniones, interpretaciones y conceptos, es claro que, respecto de la culpa de la víctima, las soluciones no son binarias.

En torno a la culpa de la víctima, se ha demostrado que puede ser fundamentado como un eximente de responsabilidad siempre que esta sea una causa exclusiva, única y determinante en la generación del daño. Para este efecto, no debería exigirse al demandado la prueba de que la víctima ha actuado de manera negligente o dolosa; es suficiente verificar el mero hecho antijurídico de esta. Es, por este motivo, por lo que se considera que la mal llamada culpa exclusiva de la víctima debería llamarse, en cambio, hecho exclusivo de la víctima.

Por otro lado, la concurrencia de culpas se fundamenta en el artículo 2230 del Código Civil ecuatoriano, a diferencia del hecho exclusivo de la víctima, que tiene un vacío legislativo. Con base en el análisis de este artículo, y la interpretación jurisprudencial y doctrinaria comparada, es preciso concluir que es fundamental para la concurrencia de culpas, la consideración del elemento subjetivo. Queda claro, por lo tanto, que para sanear la confusión que hay respecto de la culpa de la víctima, en principio debe separarse al hecho exclusivo de la víctima de la concurrencia de culpas, para determinar la necesidad del elemento subjetivo.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Cuestionamiento a la discrecionalidad en el régimen de medidas cautelares constitucionales en Ecuador

Questioning of Discretion in the Regime of Constitutional Preliminary Injunctions in Ecuador

Alfredo Sebastián Coloma Gaibor*

Recibido / Received: 22/02/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1699

Citación:
Coloma Gaibor, A. S. «Cuestionamiento a la discrecionalidad en el régimen de medidas cautelares constitucionales en Ecuador». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 249-262, doi:10.18272/ulr.v7i1.1699.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: ascoloma@estud.usfq.edu.ec.
ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-1763-4117

Resumen

Una realidad incómoda, pero abiertamente aceptada, es que los sistemas de justicia latinoamericanos están lejos de ser eficientes. Ecuador no es la excepción. Y no es que no se pueda obtener justicia por parte del Estado, pero la sociedad se ha convencido de que esto puede tardar en llegar. Mecanismos como las medidas cautelares buscan solventar esta dificultad relacionada a la dilación en los procesos, producto del congestionamiento en los servicios jurisdiccionales. En el entorno jurídico la respuesta a un problema puede ser la causa de muchos otros, siendo esto consecuencia de una legislación plagada de antinomias que pueden llevar al sujeto de derechos a la indefensión. Esta es la razón por la cual el presente artículo busca ser una exposición de la normativa pertinente al caso, para así conducir al lector a una discusión fundamentada sobre las implicaciones éticas y legales con respecto de las medidas cautelares.

Primero se brindará un recuento del desarrollo de medidas similares en Ecuador, después buscando aterrizar las debilidades de la normativa expuesta, se utilizará la resolución 2015-10509. Tratándose el caso de un tema relacionado con la salud, específicamente los procedimientos de diálisis, una revisión del régimen jurídico pertinente aclarará cómo se conectan las medidas cautelares con los derechos fundamentales. Subsecuentemente se retomarán los alcances de la normativa que regula esta garantía jurisdiccional y evidenciando el riesgo que comprende la discrecionalidad que desencadena en posibles abusos del derecho, posteriormente se abre paso a la crítica y a la observación de que el régimen jurídico ecuatoriano, en lo que respecta a este capítulo, atenúa su rigor. Recalcando que la delicadeza del tema radica en las facultades de una institución que permite generar prohibiciones o forzar ciertos accionares con incidencia directa sobre los ciudadanos, sin tener un procedimiento de juicio de por medio.

Palabras Clave

Medidas cautelares; derechos fundamentales; prestación de servicios de salud; incumplimiento contractual; abuso del derecho; garantía constitucional; diálisis

Abstract

An uncomfortable reality, but openly accepted reality is that Latin American justice systems are far from being efficient. Ecuador is not the exception. And it is not that justice cannot be obtained from the State, but society has convinced itself that it may take time to arrive. Mechanisms such as precautionary measures seek to resolve this difficulty related to the delay in the processes resulting from the congestion of the jurisdictional services. In the legal environment, the answer to a problem can be the cause of many others, as a consequence of a legislation plagued with antinomies that can lead the subject of rights to a state of defenselessness. This is

the reason why this article seeks to be an exposition of the pertinent regulations to the case, in order to lead the reader to a well-founded discussion about the ethical and legal implications regarding precautionary measures.

First, an account of the development of similar measures in Ecuador will be provided, then seeking to ground the weaknesses of the exposed regulations, resolution 2015-10509 will be used. As this case is a health-related issue, specifically dialysis procedures, a review of the relevant legal regime will clarify how precautionary measures are connected to fundamental rights. Subsequently, the scope of the laws that regulate this guarantee will be retaken and the risk that the discretion that triggers possible abuses of the law will be evidenced, after which it opens the way to criticism and observation that the Ecuadorian legal regime, regarding this chapter, seems to mitigate its rigor. The sensitivity of the issue lies in the powers of an institution that allows the generation of prohibitions or forcing certain actions with direct impact on citizens without having a trial procedure involved.

Keywords

Preliminary injunctions; fundamental rights; provision of health services; contractual breach; abuse of law; constitutional guarantee; dialysis

1. Introducción

El uso de las herramientas constitucionales, por su propia definición, pretende proteger los derechos consagrados en la norma suprema del Estado. En cuanto a materia de derecho respecta, cabe decir que estas garantías jurisdiccionales son aquello que da respuesta en las ocasiones que el sistema parece fallar, así como cuando los poderes del Estado sobrepasan sus facultades o que por negligencia terminan afectando a los ciudadanos y vulnerando los derechos que este mismo les ha otorgado, en el marco de esta posibilidad. "[Sería] absurdo un sistema que reconociera a la persona un derecho y que, sin embargo, le dejara indefensa cuando ese derecho fuera conculcado"[1]. Este respaldo que se brinda a los ciudadanos no es reciente en Estados Unidos donde, así como en la Francia del siglo XVIII, se dieron las condiciones necesarias para el surgimiento de constituciones que garantizaban derechos fundamentales a través de los jueces y el congreso, respectivamente[2].

Lo que sí resulta reciente es la introducción de las medidas cautelares constitucionales en el ordenamiento ecuatoriano. Si bien en la Constitución de 1998 se hace una referencia imprecisa a estas, solo en "La Constitución de

1 Trujillo, Julio César. *Antecedente histórico,* p. 5. En Pérez, Antonio José. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, pp. 3-21.

2 *Cfr.* Trujillo, Julio César. *Antecedente histórico.* En Pérez, Antonio José. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, pp. 3-21.

la República de 2008, se refiere de manera expresa a las medidas cautelares constitucionales y refiere que pueden solicitarse de forma autónoma o conjuntamente con otras garantías constitucionales"[3]. Con esta aclaración Efraín Pérez no solo ubica en el tiempo la aparición de estas medidas, sino que las incluye dentro del bloque de garantías constitucionales del cual usualmente quedan excluidas, quizá porque ordinariamente no es un proceso sino un preludio para uno.

Las medidas cautelares son un instrumento peculiar porque el Estado usualmente se reserva su capacidad de coacción en el actuar de los ciudadanos para utilizarlas una vez que el poder judicial haya decidido sobre las controversias. Las medidas cautelares irrumpen en este orden que busca la protección de un procedimiento que cumpla ciertos parámetros, actuando de inmediato y sin tener de por medio un juicio. Esto con el interés de preservar derechos en situaciones que ameritan la inmediatez, pues se reconoce la deficiencia del Estado al momento de responder a los ciudadanos en su clamor de justicia. Rocco habla de estas en el campo de lo civil: "Se trata de mantener inmutada una situación de hecho y de derecho incierta o controvertida, que se teme pueda ser alterada por distintos eventos o hechos impugnables a las partes"[4]. Es decir que no se pretende dar resolución a un hecho controvertido, sino, en realidad, proteger la situación de un bien o, en materia constitucional, precautelar un derecho.

Por la necesidad antes descrita se dejan de lado ciertos requerimientos que sí se tomarían en cuenta en otras situaciones al momento de hacer uso de las facultades discrecionales del Estado. En el presente artículo se busca cuestionar las consecuencias de desatender estos parámetros. Las medidas cautelares pueden ser requeridas en una infinidad de situaciones y son las particularidades del caso las que definirán el análisis valorativo, por lo que de forma ejemplificadora se tomará el juicio No. 2015-10509. Aceptando que la particularidad de una situación no puede extrapolarse a la generalidad de la aplicación de esta herramienta, pero, buscando generar un debate sobre los efectos perjudiciales de la misma, se presenta a continuación una sucinta narración del caso.

El caso de estudio es el Juicio No. 2015-10509 a cargo del juzgador Luzarraga Hurtado Teófilo. Sustanciado en la Unidad Judicial de lo Civil del cantón Guayaquil, por la parte actora comparece la Dra. Yolanda Inés Salcedo Faytong en calidad de coordinadora Zonal 8 De Salud y propone la acción constitucional de medida cautelar contra las compañías Integraldial S.A, Nefrosalud S.A, Unidial Unidad de Diálisis del Norte, Centro de diálisis y trans-

3 Pérez, Efraín. *Las Medidas Cautelares Constitucionales,* p. 28. En Pérez, Antonio José. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, pp. 23-53.

4 Rocco, Ugo. *Tratado De Derecho Procesal Civil, V Proceso Cautelar*. Bogotá: Temis, 1977, p. 16. En Pérez, Antonio José. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, pp. 23-53.

plantes[5] Biodial S. A., Unidad de diálisis peritoneal integral "Dialinter"C. LTDA, I.E.D.Y.T. S.A., Instituto Ecuatoriano de Diálisis y Trasplantes. Es así como el miércoles 7 de octubre del 2015, el juzgador concede las medidas cautelares solicitadas por la Dra. Salcedo Faytong que consistieron en tres puntos.

> (i) Que las personas jurídicas que prestan los servicios de salud de DIÁLISIS, en la interpuesta persona de sus respectivos representantes legales, se abstengan de adoptar cualquier medida que impida la atención, a cualquier paciente del Sistema Nacional de Salud. (ii) Se remita oficio a la Fuerza Pública, por medio de la Policía Nacional, a fin de que presten su apoyo para el cumplimiento y seguimiento de las medidas cautelares que se dispongan. (iii) Se remita [a la Defensoría del Pueblo] para que realice el seguimiento correspondiente a este caso, acorde al Art. 34 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional[6].

Estas medidas se otorgan con base en la amenaza de suspensión del servicio de diálisis evidenciada en titulares de ciertos diarios, además del temor ciudadano por la sospecha de la falta de pago en las recientes mensualidades hacia las empresas por parte del Ministerio de Salud, que se hizo evidente en manifestaciones fuera de las instituciones. Existe un punto que se tratará en breve, el cual se deriva de la discusión planteada anteriormente y es relativo a los cuestionamientos que ocasiona el hecho de que las medidas cautelares de carácter constitucional sean solicitadas por el mismo Estado ecuatoriano.

2. Medidas cautelares

Para el presente artículo son de interés principal las medidas cautelares constitucionales, pues son a las que refiere el caso expuesto anteriormente. Sin embargo, es preciso repasar las medidas cautelares dentro del ordenamiento jurídico y los procedimientos civiles. Estas buscan, según lo define Roberto Villarreal, "asegurar la pretensión de las partes mientras dure la pendencia del proceso"[7]. El razonamiento sobre la existencia de las mismas es sencillo de entender, especialmente dentro del ordenamiento ecuatoriano, en el cual no se puede desconocer la realidad de la burocracia y el letargo en nuestro sistema de justicia, ejemplo de esto son las más de diez mil causas represadas que la Corte Constitucional reportó en febrero de 2019[8]. Mientras duran los procesos en las diferentes instancias, el objetivo de tener una justa solución a los problemas sociales puede desvanecerse.

5 El término correcto conforme las reglas de la RAE es trasplante. Al ser el nombre de una institución, se mantiene transplante.
6 Unidad Civil Cantón Guayaquil. *Causa No.2015-10509*. Auto Interlocutorio, 7 de octubre de 2015.
7 Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares: garantías constitucionales en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010, p. 24.
8 *Cfr*. Romero Daniel. "La Corte Constitucional resolvió 595 causas en su primer año". *El Comercio.* 5 de febrero de 2020.

En el Código Orgánico General de Procesos, el artículo 124 expresa: "Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito"[9]. Si bien en el artículo se habla de secuestro o retención, no hay motivo por el cual esta disposición no se pueda extender a todas las medidas cautelares que se enlistan en dicho código. Esto habla del amplio rango de aplicación de la herramienta al poder ser solicitada por cualquier persona. Es así como existen dos requisitos a considerar por el juez al momento de aprobar dichas medidas: *periculum in mora* y *fumus bonis iuris*.

El peligro en la demora hace referencia a que la providencia final de un juicio llegue oportunamente mientras aún exista la posibilidad de cumplir las pretensiones, ya sean estas materiales o personales. Es así como, si se presume un riesgo de que no se llegare a hacer efectivo el anhelo de justicia por tener una providencia extemporánea, será posible aplicar una de estas medidas siempre y cuando se combine con el segundo requisito: la apariencia de un buen derecho. El juzgador deberá tener un conocimiento que no debe ser exhaustivo, pues, evidentemente, este se obtendrá una vez terminado el juicio, pero sí debe ser suficiente para justificar la protección de dichos derechos por medio de estas medidas. Parece ser entonces que la siembra de la incertidumbre sobre la afectación a derechos protegidos requiere ya un movimiento del aparataje estatal.

2.1. Medidas cautelares constitucionales

Entrando en materia que compete al caso descrito, las medidas cautelares constitucionales se manejan bajo un régimen especial. Estas medidas no cumplen una de las características de las medidas cautelares en el ámbito de lo civil. No se trata de asegurar las pretensiones de las partes mientras dura un proceso pues no necesariamente existiría uno. En estos casos se busca preservar derechos fundamentales que estén en inminente amenaza o se estén lacerando. Esta connotación se da en el artículo 87 de la Constitución de la República: "Se podrán ordenar medidas cautelares… con el objeto de evitar o cesar la violación o amenaza de violación de un derecho"[10].

Es este artículo el que abre la posibilidad de activar el aparataje estatal e incluso hacer uso de la fuerza pública sin tener un dictamen judicial. Y es que es importante resaltar la particularidad de esta herramienta en consideración de lo restrictivo, protocolario e incluso formalista que el ordenamiento suele comportarse. Entendiendo a este último adjetivo como "una práctica buro-

9 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 124. Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2016.
10 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 87. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

crática, que se manifiesta por la discrecionalidad y arbitrariedad en la toma de decisiones por transmitirse de forma neutra y seguir sin cuestionarse la letra de la ley y, en suma, por aferrarse al sistema inquisitivo"[11]. Pero con esto se pone en la palestra la incapacidad del Estado de dar respuesta efectiva y eficiente por medio de los instrumentos ordinarios que siguen normas tradicionales de un debido proceso y se abre esta posibilidad con carácter excepcional pero con una aplicación amplia. Se dice amplia pues es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC), la que en el artículo 26 agrega a lo dicho por la Constitución que esto será aplicable para "los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales"[12]. Es decir, se han agregado ya los derechos de instrumentos internacionales y, si se quiere ser aún más enfático en lo extensa que se vuelve la aplicación de la definición del artículo 87 de la Constitución, es pertinente referirse también al artículo 11 de la misma norma donde se aclara que "los derechos reconocidos no excluyen a aquellos derivados de la dignidad humana"[13].

Así lo menciona Roberto Villareal: "las medidas cautelares son instrumentos de protección de todos los derechos que se derivan de la dignidad humana así no estuvieren expresamente formulados en la Constitución o instrumentos internacionales de derechos humanos"[14]. Con esta aclaración se evidencia el ámbito de aplicación de las medidas cautelares de carácter constitucional, el cual está lejos de ser reducido o excepcional y conduce de inmediato al cuestionamiento sobre los abusos que pueda ocasionar y el peligro que pueda representar para los ciudadanos.

En respuesta a esto, la Constitución guarda silencio y la LOGJCC se pronuncia mediante el artículo 27. "Inminente y grave"[15] son los requisitos para que el juzgador conceda o niegue la petición de cualquier persona de aplicar una medida cautelar. La inminencia, advierte la doctrina, no debe ser confundida con la certeza. Por lo que podría tratarse de un hecho futuro o incluso presente el cual amenace o lesione un derecho, dejando fuera a hechos pasados. Por otro lado, la gravedad es el requisito que lleva a catalogar a este instrumento como excepcional, pues "se aplicará cuando las garantías ordinarias no sean suficientes. La gravedad de la amenaza debe ser consecuencia de un peligro real"[16]. Refiriendo al caso concreto expuesto, el cuestionamiento inmediato es si las publicaciones de los diarios se pueden catalogar como la evidencia de un peligro real.

11 Ávila Santamaría, Ramiro. *¿Cambio de personas para cambiar la justicia? Cultura jurídica, neoconstitucionalismo y transformación social.* En Ecuador Debate. Justicia y poder. Quito: Centro Andino de Acción Popular CAAP, 2011, pp. 61-74.

12 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 26. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

13 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 11.

14 Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares: garantías constitucionales en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010, p. 87.

15 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. *Eiusdem.* Artículo 27.

16 Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares garantías constitucionales en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010, p. 95.

3. Aplicación real de las medias cautelares constitucionales

Es útil advertir que el caso señalado es un parámetro de análisis ya que resulta particularmente ilustrativo siendo la medida cautelar concedida en base a pruebas de conocimiento público como lo son los periódicos, además tiene derechos conculcados directamente por esta herramienta. Las pruebas presentadas en la causa 09332-2015-10509 son, como ya se mencionó, los titulares de tres diarios de gran circulación: El Comercio, El Telégrafo y Diario Expreso. Uno de los artículos se titula: "[…] los pacientes con diálisis y sus familiares protestaron"[17]. ¿Es esta una muestra de una amenaza real a un derecho? El juez Teófilo Luzarraga Hurtado, quien sustanció esta causa, se pronunció en el auto afirmando que "resulta innegable que el servicio médico de salud prestado por las personas jurídicas accionadas en calidad de prestadores de los servicios privados de salud, de [diálisis], podría suspenderse"[18]. Pero ¿no es esta una consideración desmedida? En contraparte a lo dicho por los diarios están los directivos de dichas compañías:

> En los sueldos estamos al día, pero debemos al IESS, al SRI, y ya se viene diciembre, un mes crítico porque hay que pagar el décimo. Esto comenta el director de una clínica, quien prefirió la reserva. Sostiene que jamás dejaron de dar el servicio y ni es su intención[19].

Las versiones vertidas apuntan a realidades absolutamente distintas y el panorama se muestra lejano a lo que la norma refiere sobre tener una amenaza real, entrando en el terreno de la duda razonable. ¿El t emor ciudadano puede ser considerado una amenaza real? Efraín Pérez explica que "el peligro de daño tendría que ser inminente, es decir que la ocurrencia del daño podría ocurrir en cualquier momento. Es decir, no se trata de la posibilidad o eventualidad de un daño"[20]. Entonces, la discrecionalidad de la norma al hablar de amenaza real sin definir y delimitar este término parece complicar la aplicación concreta de este instrumento dejándolo a valoración del juez.

En el caso pertinente cabe decir que el derecho a proteger era el primordial derecho a la salud respaldado en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 3: "garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud […]"[21]. Por consiguiente, también el derecho a una vida digna garantizado en la Carta Magna en su artículo 66 inciso segundo. Teniendo en mente que el derecho a la salud se cataloga como

17 Unidad Civil Cantón Guayaquil. *Causa No.2015-10509*. Auto Interlocutorio, 7 de octubre de 2015.
18 *Ibíd.*
19 "Preocupación ronda en clínicas de diálisis por falta de pagos y medida". *El Universo.* 19 de octubre de 2015, párr. 7.
20 Pérez Efraín. *Las Medidas Cautelares* Constitucionales, p. 37. En Pérez, Antonio José. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, pp. 23-53.
21 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 3. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

primordial en el ordenamiento ecuatoriano, según lo dicta la Constitución, es comprensible el afán de los administradores de justicia.

Pero se cuestiona qué sucede con los derechos que se han violado a causa de estas medidas en un intento de proteger la amenaza a la salud, entre ellos el derecho a la libertad de empresa, la libre contratación, derechos a la propiedad respaldados en la Constitución artículo 321. Estos derechos han sido coartados. No existe, sin embargo, el afán de ponderar o comparar dichos derechos, pues la Constitución ya cataloga a la salud como primordial. De todas maneras, sí parece pertinente entrar en una discusión sobre la responsabilidad del Estado al momento de aplicar medidas que restringen las libertades sin tener un proceso judicial previo. Es así como la discusión que viene desarrollándose puede concretarse, enfatizando en los criterios a utilizarse para la aplicación de las normas. ¿Son las notas periodísticas o la preocupación ciudadana suficientes para justificar dichos detrimentos en los derechos? Y es así como se debe plantear la situación, pues, de otro modo y ante la mirada pública, el dilema se oculta tras el interés general de que se brinde atención a la salud. Pero eso no se discute, sino que se critican los medios para la obtención de dicha atención y si el Estado ha hecho lo posible para no afectar a terceros en su misión de garantizar el derecho a la salud.

Entonces, sí se parte de la afirmación de que efectivamente ha existido un detrimento en los derechos de los afectados por las medidas cautelares. Esto se contrapone al principio de estas medidas de no ser un pronunciamiento sobre el fondo. Sobre esto, la Corte Constitucional aclara que las medidas son pertinentes, como ya se ha dicho, cuando exista presunción de vulneración a un derecho, "pero aquello no implica un pronunciamiento de fondo y, por tanto, no puede generar un efecto propio de una garantía de conocimiento"[22]. Asimismo, el Artículo. 28 de la LOGJCC dicta que "[e]l otorgamiento de medidas cautelares y su adopción no constituirá pre juzgamiento sobre la declaración de la violación"[23].

Pero, en contraposición a esto, el caso que se encuentra en discusión tiene como hecho fáctico la declaración en bancarrota de una de las empresas que fueron sometidas a la medida cautelar como evidencia de que se ha ocasionado un perjuicio[24]. No se debe, de todos modos, confundir el perjuicio causado con un juzgamiento y hacer una mezcla entre los nexos causales, pues este detrimento en las finanzas de la empresa no se ha dado como consecuencia de un juzgamiento o por afirmar la culpabilidad en sus actos. Parece ser que de lo

22 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No 001-10-JPO-CC*. Sentencia septiembre 2010.

23 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 28. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

24 *Cfr*. "Preocupación ronda en clínicas de diálisis por falta de pagos y medida". *El Universo.* 19 de octubre de 2015.

que podríamos hablar se acerca más a un daño civil, una suerte de cuasidelito, ya que sí existe un nexo causal entre el daño causado y la medida cautelar interpuesta por parte del Estado. La prohibición de suspender el servicio de diálisis ha causado el endeudamiento de las compañías hasta un punto insostenible. Se podría atribuir esto a las conocidas obligaciones de un negocio asociado a la salud, pero esto toma especial relevancia al entender que la suspensión y el endeudamiento son producto de una falta de pago, rubro al que está obligado el Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Salud Pública. Es decir que, enmascarado en diferentes instituciones, el estado aparece como defensor de derechos vulnerados por la falta de pago de sí mismo, fuera del caso particular el dilema recae en que las consideraciones de los juzgadores al momento de otorgar las medidas cautelares parecen no observar el panorama completo.

En cuanto a las responsabilidades estatales, ¿qué sucede cuando el Estado utiliza las herramientas de derecho para excusarse de su propio incumplimiento? Esta es la situación del caso estudiado. El Estado, en un claro incumplimiento contractual, no realizó los pagos pertinentes. El hecho de que existan tres meses de facturas sin pagar genera incertidumbre en los pacientes y sus familiares, ocasionando las publicaciones en medios de comunicación. Hay que remitirse al artículo 23 de la LOGJCC, el cual contempla la figura de abuso del derecho "[e]n los casos en que los peticionarios o las abogadas y abogados presenten solicitudes o peticiones de medidas cautelares de mala fe, desnaturalicen los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño"[25].

El análisis del caso no revela un ánimo de causar daño por parte del Estado, puntualmente, el Ministerio de Salud Pública, quien es la entidad proponente de la medida cautelar y contratante de los servicios de salud. Pero si se propone una medida cautelar para forzarlas a seguir prestando el servicio y por ende incurrir en costos operativos, aún con conocimiento del incumplimiento del pago de una obligación vencida y a sabiendas del daño que esto puede causar en las instituciones privadas con legítimo fin de lucro. Parece estar en el terreno de la mala fe. "N[o] puede obrarse contra derecho y conforme a derecho, pues ello implica una contradicción lógica"[26]. Es el Estado ecuatoriano el que realmente ha fallado a su deber de cuidado al incumplir el artículo 3 de la Constitución en el cual garantiza el derecho a la salud. Deber que ha sido descuidado por haber caído en el incumplimiento de una obligación contractual.

25 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 23. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

26 Rodríguez Grez, Pablo. *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1999, p. 341.

3.1. El derecho a la salud en el marco de las medidas cautelares

Como se ha venido anticipando, la resolución seleccionada presenta una particularidad que se tratará de demostrar a continuación: el Estado le presta una inusual atención a este derecho. Lo que siembra la duda sobre la capacidad real del Estado de concretar los derechos que reafirma en severas ocasiones. Para empezar a revisar la normativa que atañe al caso existe una puntualización importante con respecto al tratamiento de diálisis. La Real Academia de la Lengua lo define como un "procedimiento que elimina de la sangre el exceso de sustancias nocivas"[27]. Dicho procedimiento tiene un amplio rango de aplicación y es un tratamiento para una multiplicidad de enfermedades. Una de ellas es la insuficiencia renal crónica. Esta enfermedad es importante en este contexto porque el Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Salud Pública, la declaró como catastrófica. La Ley Orgánica de la Salud en su capítulo tres afirma:

> El Estado ecuatoriano reconocerá de interés nacional a las enfermedades catastróficas y raras o huérfanas; y, a través de la autoridad sanitaria nacional, implementará las acciones necesarias para la atención en salud de las y los enfermos que las padezcan.
> Las personas que sufran estas enfermedades serán consideradas en condiciones de doble vulnerabilidad[28].

Teniendo en cuenta dicha definición encontrada en la norma, y en vista de la declaración ministerial, el Estado falla en la protección de un grupo doblemente vulnerable y deja de lado un interés nacional como lo son estas enfermedades. Por lo que reitera este fervor del Estado en atiborrar las normas de garantías y derechos pero que, en estricto pragmatismo, no está preparado para cumplir.

Otro ejemplo de lo mencionado es el incumplimiento al Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, donde se establece, en su artículo 12, como obligación estatal: "d) La creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad"[29]. Cosa que se vuelve imposible en vista de la inoperancia del Estado, ya que no se han liberado los recursos necesarios para garantizar dicha atención imposibilitando conseguir "el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"[30]. Ricardo Barona Betancourt recuerda sobre los sistemas de salud pública que "[e]n materia de financiamiento se debe implementar un sistema

27 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española (22.a ed.)*. Madrid, Espasa: Autor, 2001, p. 815.
28 Ley Orgánica de Salud. Capítulo 3. Registro Oficial No. 423 de 22 de diciembre de 2006.
29 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Artículo 12.
30 *Eiusdem*.

pluralista que contenga fondos públicos y privados […] debe incluir mecanismos de pago adecuados para este propósito"[31].

Sobre este financiamiento se dice en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud Pública, en el artículo 14: "El financiamiento es la garantía de disponibilidad y sostenibilidad de los recursos financieros necesarios para la cobertura universal en salud de la población"[32]. Siendo el financiamiento la garantía de un sistema de salud adecuado, es entonces el Estado responsable de liberar dichos fondos, ya que por medio de ellos se cumple el deber de garantizar la salud. El Estado ecuatoriano ha buscado garantizar su obligación en materia de salud con los ciudadanos contratando empresas que brinden un servicio pero, al no cumplir las obligaciones contractuales, ha fallado en la garantía de este derecho de forma indirecta.

La entidad responsable de realizar los desembolsos para realizar los pagos es el Ministerio de Finanzas. Estos fondos son los que el Ministerio de Salud Pública utiliza para realizar las contrataciones y pagos. Si bien existe un problema manifiesto sobre la comunicación entre dichas instituciones que ha sido evidenciado en varias ocasiones respondiendo a una incomprensión de la institucionalización del estado, es el mismo Ministerio de Finanzas el que revela las cifras del presupuesto general del Estado y aclara que:

> En tercer lugar está Salud con [el] ocho por ciento previsto especialmente para el programa 'Provisión y prestación de servicios de salud' en el [cual] constan remuneraciones de profesionales de la salud y el presupuesto para adquisición de medicamentos[33].

El hecho de que este sea el tercer sector con mayor presupuesto gubernamental lleva al lector a cuestionarse sobre la inoperancia del Estado al momento de proteger derechos fundamentales y si las medidas cautelares hoy analizadas protegen efectivamente estos derechos, o bien, son un desfogue a problemas de la administración.

Responsabilizar al Estado en forma general es terriblemente impreciso, pero es complicado ubicar al órgano administrativo sobre el cual recae la culpabilidad. Podría tratarse de una falla en los protocolos administrativos invisible incluso ante los ojos de los jueces, ocultando así la redundancia en este problema. Decir que el Ministerio de Salud es el encargado de garantizar estos derechos es una verdad a medias, ya que ha quedado claro que las finanzas, a través de su propio ministerio, también son una forma indirecta de garantía. Siendo más específicos, se llega a quien propuso esta medida cautelar: la Dr. Yolanda

31 Barona Betancourt, Ricardo. *Los Prestadores de Servicios de Salud.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014, p. 27.
32 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud. Artículo 14. Registro Oficial No. 670 de 25 de septiembre de 2002.
33 Subsecretaria de Presupuesto. *Resumen Ejecutivo Justificativo Proforma Presupuesto General del Estado 2016.* Quito: Ministerio de Finanzas, 2016, p. 30.

Salcedo coordinadora de salud de la Zona 8, quien, al plantear estas medidas cautelares, lo hace en cumplimiento de sus obligaciones y respaldada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud. En lo relativo al Sistema Nacional de Salud Pública, lo primero a resaltar es su estructura que se encuentra definida en el cuerpo normativo relativo a dicho sistema, en el artículo dos.

> El Sistema Nacional de Salud tiene por finalidad mejorar el nivel de salud y vida de la población ecuatoriana y hacer efectivo el ejercicio del derecho a la salud. Estará constituido por las entidades públicas, privadas, autónomas y comunitarias del sector salud[34].

Al referirse a entidades privadas, evidentemente incluye a los prestadores de servicios médicos contratados por el Estado, en este caso los centros de diálisis. Al ser parte de este sistema, se contraen ciertas obligaciones correlativas, algunas de ellas presentes en el artículo 11 de dicho cuerpo normativo. Este aclara que la atención de los centros miembros del sistema nacional de salud debe ser continua, por lo que una interrupción violaría dicha normativa. "El Sistema establecerá los mecanismos para que las instituciones garanticen su operación en redes y aseguren la calidad, continuidad y complementariedad de la atención"[35].

Vale la pena realizar una observación a dicho artículo, pues no queda claro a quién le corresponde la obligación y se torna confuso. Es el Estado, a través del sistema, quien debe establecer mecanismos para que las instituciones sean las que garanticen dicha continuidad. Una vez más, la falta de precisión del legislador ocasiona que se pueda llevar la norma a imprecisas interpretaciones que finalmente eximen de responsabilidad a quienes la incumplen. Pero, finalmente, es parcialmente correcto decir que la Coordinación de Salud Zonal 8 ha logrado cumplir con dicha continuidad, aunque de forma coactiva.

4. Conclusiones

Si se entiende que las medidas cautelares son medidas extraordinarias debido a que se prefiere aplicar esta herramienta que sacrifican ciertos derechos para la preservación de otros, en lugar de resolver problemas subyacentes que demuestran que el mismo proponente es quien está poniendo en riesgo el derecho fundamental. Esto evidencia el pobre análisis que conlleva la aplicación de estas medidas. El aplicar medidas cautelares constitucionales bajo normativa discrecional ocasiona daños de los cuales el Estado podría ser responsable, pues la información requerida para plantear una medida cautelar es mínima, hace invisible la fuente del problema y, en muchas ocasiones, causa actuales o

34 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud. Artículo 2. Registro Oficial No. 670 de 25 de septiembre de 2002.
35 *Eiusdem*. Artículo 11.

potenciales perjuicios con la aparente justificación de precautelar derechos. El caso analizado demuestra que el sistema de derecho ecuatoriano es garantista en un legítimo afán de brindar calidad de vida plena a sus ciudadanos, pero descuida la seguridad jurídica y pone en riesgo el debido proceso.

La razón de ser de las medidas cautelares constitucionales ya ha sido expuesta, dejando clara su utilidad en el ordenamiento y dando fe de la necesidad de su inmediato accionar. El problema se encuentra en los calificativos que rodean a esta como; "procedimiento informal sencillo"[36], además de afirmar que "[n]o se exigirán pruebas para ordenar estas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas"[37]. Además, se añade que se interpondrán las mencionadas medidas "si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley"[38]. Esta libertad y amplitud que nos deja en el terreno de la sana crítica del juzgador es la que merece ser analizada y cuestionada.

El desarrollo realizado sobre esta temática pretende ser solo un detonante de la discusión. Es claro que existen muchas aristas que se dejan por fuera, en especial recordando que estas medidas versan sobre casos concretos y realidades cotidianas, por lo que las particularidades de cada caso pueden llegar a determinar el criterio a favor o en contra del régimen que actualmente se aplica sobre las medidas cautelares. Y, finalmente, esta disquisición recae sobre una valoración de la justicia al momento de aplicar una norma. Bobbio aclara que "[plantear] el problema de la justicia o injusticia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal"[39]. Es esta observación de la realidad —con desapego de la imagen de juzgadores inocuos siempre iluminados por una verdad omnímoda— lo que intranquiliza. Si algo es cierto, es que esta es una herramienta de amplia aplicación en el Estado, con más de 120 medidas cautelares constitucionales remitidas a la Corte Constitucional en el año 2019; y que el tema de la ligereza en el proceso y los derechos vulnerados que conlleva no ha sido tratado con la importancia que merece requerir.

36 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 31. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.
37 *Eiusdem*. Artículo 33.
38 *Eiusdem*.
39 Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis, 1992, p. 20.



Equipo de arbitraje y litigio complejo

Av. República 396 y Diego de Almagro. Edificio FORUM 300, Of. 504. Quito, Ecuador
Tel: (+593 2) 250 8039 / 250 8040 / 254 8477
firm@andradeveloz.com
www.andradeveloz.com
andrade-veloz-abogados
AndradeVelozA

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Imposibilidad de reconocimiento de acuerdos tácitos entre el Estado y particulares a la luz del derecho público contractual

The Impossibility to Recognize Tacit Agreements Between the State and Individuals in Contractual Public Law

Jenny Fernanda Santamaría Robles*

Recibido / Received: 23/02/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1711

Citación:
Santamaría Robles, J. F. «Imposibilidad de reconocimiento de acuerdos tácitos entre el Estado y particulares a la luz del derecho público contractual». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 265-283, doi:10.18272/ulr.v7i1.1711.

* Investigadora independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad Central del Ecuador UCE. Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar UASB. Magister en Litigio y Arbitraje Internacional por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: jennewage@hotmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-6839-4304

Resumen

El Estado ecuatoriano últimamente ha enfrentado sendas reclamaciones de particulares que afirman haber entregado bienes, servicios u obras en favor de entidades del sector público sin que hayan mediado procedimientos precontractuales ni contractuales para el efecto. Entonces se demandan pagos pretendiendo ejecutar obligaciones provenientes de supuestas relaciones contractuales tácitas.

Las opiniones sobre este tema se encuentran divididas tanto en la academia como en los órganos jurisdiccionales. En búsqueda de la tan anhelada justicia se sostiene por una parte que se deben honrar esos pagos; mas hacerlo involucraría indefectiblemente la validación del incumplimiento de la ley.

Este trabajo pretende discutir sobre si es posible que se reconozcan este tipo de acuerdos tácitos con el Estado a la luz del derecho contractual público, partiendo del análisis de los elementos esenciales del contrato administrativo. Luego, revisando el principio constitucional de libertad de trabajo y finalizando con la afectación presupuestaria sin compromiso previo a la luz del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Palabras Clave

Contrato; tácito; obligación; trabajo; bien; obra; servicio

Abstract

The Ecuadorian State has lately faced complains from individuals claiming to have delivered goods, services or works on favor of public entities without having mediated pre-contractual or contractual procedures. Payments are demanded intended to execute obligations arising from alleged tacit contractual relationships.

Opinions on this issue are divided in both academia and jurisdictional bodies. In search of the long-awaited justice, it is argued that on one hand these payments must be honored; but doing so would inevitably involve the validation of non-compliance with the law.

This paper aims to discuss whether it is possible to recognize this type of tacit agreements with the State in the light of public contract law, based on the analysis of the essential elements of the administrative contract. Then, reviewing the constitutional principle of freedom of work and ending with budgetary impact without prior commitment in the Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Keywords

Contract; tacit; obligation; job; goods; work; service

1. Introducción

Uno de los medios con base en los cuales el Estado desarrolla sus actividades tendientes a la consecución de sus fines, es a través de la contratación para la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras.

En vista de la trascendencia de la contratación pública para el desenvolvimiento de la administración, en el Ecuador, así como en otros países influenciados por el Derecho Francés, se ha esquematizado un sistema de normas que sustantiva y adjetivamente han generado un régimen diferenciado y reglado para los contratos administrativos, excluyéndolos del derecho contractual común. Sin embargo, en nuestro país se ha evidenciado el uso de creativas fórmulas para eludir el sistema normativo creado para la contratación con el Estado.

En Ecuador, se ha diseñado el Sistema Nacional de Contratación Pública para regular en detalle la fase precontractual, contractual, de ejecución, evaluación y control de las contrataciones que efectúan las entidades del Estado o aquellas que siendo de derecho privado, disponen de fondos públicos.

Entre los motivos para la emisión de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP) constan en su preámbulo, la necesidad de evitar la arbitrariedad y desperdicio de recursos públicos[1]. Además, se han identificado como objetivos del sistema, el garantizar la calidad del gasto público, la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación, así como incentivar la participación de proveedores confiables y competitivos[2]. En esta línea de ideas, también se hacen constar como principios aplicables para los contratos administrativos al de legalidad, igualdad, transparencia, publicidad, entre otros[3].

No obstante los esfuerzos regulatorios sobre la materia, cada vez resulta más común para el Estado ecuatoriano el enfrentar reclamaciones administrativas y demandas de particulares que afirman haber prestado servicios, entregado bienes o ejecutado obras en favor de instituciones públicas, sin contar con respaldo contractual alguno. Estos ciudadanos buscan el reconocimiento de negocios jurídicos tácitos que afirman se habrían generado con las entidades públicas beneficiarias de estos servicios, bienes u obras. Para ejemplificar lo indicado, me permito referirme a los juicios No. 17811-2016-01588[4],

1 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Preámbulo. Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.

2 *Eiusdem.* Artículo 9.

3 *Eiusdem.* Artículo 4.

4 Juicio propuesto por PROCEFARGO CÍA. LTDA. contra el Servicio de Contratación de Obras en el que se pretende que el demandando sea condenado al pago por concepto de estudios de consultoría supuestamente realizados sin respaldo contractual. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito dictó sentencia el 30 de agosto de 2017 aceptando parcialmente la demanda y disponiendo el pago por concepto de estudios para la construcción de obras en YACHAY. Luego, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia falló el 26 de enero de 2018, aceptó el recurso de casación formulado por la Procuraduría General del Estado y casó la sentencia venida en grado, decla-

17811-2017-00893[5], 17811-2017-00814[6], 17811-2017-00401[7] y 17811-2019-01285[8], presentados ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, en los que se discuten disputas de esta naturaleza.

Las resoluciones de estas controversias planteadas ante el órgano jurisdiccional encargado del control de legalidad de la actuación administrativa no resultan sencillas porque parten del reconocimiento expreso de la inobservancia de las normas del Sistema Nacional de Contratación Pública, ante la inexistencia de un procedimiento precontractual y contractual. Sin embargo de lo cual, se pretenden ejecutar obligaciones provenientes de un supuesto acuerdo tácito.

Ante esta problemática, sobre la que todavía no existe un criterio judicial claro, se propone en este trabajo analizar a la luz del derecho administrativo contractual, si resulta o no factible el reconocimiento de relaciones contractuales tácitas entre el Estado y particulares a través del análisis de los elementos del contrato administrativo. También, se abordará sobre la aplicación del principio de libertad de trabajo y prohibición de obligar a alguien a efectuar trabajos gratuitos o forzosos y su relación con los negocios tácitos. Luego, se tratará sobre la generación de afectaciones presupuestarias sin compromiso previo. Finalmente, concluiremos en la imposibilidad del reconocimiento de relaciones contractuales tácitas con el Estado.

2. Elementos del contrato administrativo y los negocios jurídicos tácitos

El contrato administrativo lo define Allan R. Brewer-Carías como un acuerdo bilateral de voluntades en el que interviene, por un lado, la administración pública en ejercicio de la función administrativa con una finalidad de servicio público[9]. Concordando con la mencionada definición, el Código Orgánico

rando la caducidad del derecho para demandar al no versar la acción sobre materia de contratación pública por no existir contrato administrativo.

5 Causa planteada por Diego Adolfo Salguero Palacios contra el Ministerio de Inclusión Económica y Social, reclamando un pago por la supuesta entrega de cuatro mil cuatrocientas camisetas sin contar con contrato administrativo para respaldar la obligación demandada. La causa fue declarada en abandono por la inasistencia de la parte actora a la audiencia preliminar convocada para reinstalación el 9 de agosto de 2018, conforme consta en auto interlocutorio notificado por escrito en esa misma fecha.

6 Acción entablada por el Centro de Excelencia Profesional EXCELCENTER CIA. LTDA. contra el Servicio de Contratación de Obras, demandando un pago por concepto de estudios de consultoría para la evaluación, estudio, diseño estructural, diseño arquitectónico y equipamiento de la intervención integral del Hospital Regional Docente Ambato, supuestamente realizados sin previa suscripción de contrato administrativo. La causa todavía no se encuentra resuelta, se ha convocado a la audiencia de juicio para el 20 de agosto de 2020 a las 09h00.

7 Juicio planteado por ACEROS Y AFINES CONACERO S.A. contra el Consejo de la Judicatura demandando el pago por la supuesta ejecución de obras civiles para la construcción del Complejo Judicial Norte “El Pedregal”, sin sustento en contrato administrativo alguno. La causa todavía no se encuentra resuelta, se ha convocado a la audiencia de juicio para el 12 de enero de 2021 a las 14h30.

8 Demanda propuesta por MERCK SHARP AND DOHME (INTER AMERICAN) LLC. contra ENFARMA EP en liquidación, reclamando un pago por la supuesta entrega de ciertos medicamentos sin contar con contrato administrativo. La causa se encuentra sustanciándose. Se ha convocado a la audiencia preliminar para el 4 de mayo de 2021 a las 14h30.

9 Brewer-Carías, Allan. *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, volumen III. Madrid: Civitas. Thomson Reuters, 2013, p. 580.

Administrativo (en adelante COA), lo identifica como todo acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno actúa en ejercicio de la función administrativa[10].

Por su parte, el tratadista Roberto Dromi ha identificado los siguientes elementos en los contratos administrativos: "[…] sujetos (competencia y capacidad); voluntad; objeto y forma […]"[11] añadiendo que aquellos son elementos esenciales que atañen a la existencia y validez del contrato.

La LOSNCP en su artículo 60 determina que son contratos administrativos aquellos que se encuentran dentro del ámbito de esa ley; y el artículo 68 del cuerpo jurídico en mención, prescribe que:

> […] Son requisitos para la celebración de los contratos, los siguientes:
> 1. La competencia del órgano de contratación;
> 2. La capacidad del adjudicatario;
> 3. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y,
> 4. La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente Ley y su Reglamento[12].

Prácticamente la norma transcrita contempla los mismos elementos que doctrinariamente se han definido, únicamente se ha omitido en aquel artículo legal al objeto del contrato dentro de la categoría analizada. Sin embargo, siendo ese un elemento indispensable en todo contrato, la falta de aquella mención en la indicada norma no podrá involucrar que se pueda prescindir de ese elemento en el contrato administrativo, por lo que, de todas formas lo trataremos a continuación.

A fin de analizar si es viable el reconocimiento jurídico de relaciones contractuales tácitas entre el Estado y particulares, estimamos necesario verificar si un acuerdo jurídico tácito podría contar con los indicados elementos esenciales. Sin embargo, sospechamos que ese tipo de negocios tácitos no serán capaces de reunir todos los elementos señalados de un contrato público existente y válido.

2.1. Sujetos

La relevancia de este elemento radica en que la intervención de la administración en ejercicio de la función pública, es un componente distintivo de las relaciones contractuales comunes en las que participan solamente particulares y los contratos de índole administrativo.

10 Código Orgánico Administrativo. Artículo 125. Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 del 7 de julio de 2017.
11 Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*, cuarta edición. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1995, pp. 307-308.
12 Ley Orgánica del Sistema Nacional… *Eiusdem*. Artículo 68.

A *prima facie* parecería posible la configuración de este elemento en acuerdos tácitos, en caso de que la administración haya sido parte de un concierto de voluntades con estipulaciones que no consten de modo expreso.

Sin embargo, como parte de este elemento es necesario verificar la competencia y capacidad de los sujetos intervinientes. La competencia, en lo que respecta a la autoridad pública contratante y la capacidad en cuanto a los particulares.

Sobre la primera, el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe que las instituciones del Estado que actúen en ejercicio de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley[13]. En la especie, el artículo 6 número 16) de la LOSNCP establece que la máxima autoridad institucional es "[q]uien ejerce administrativamente la representación legal de la entidad u organismo contratante […]"[14] por lo que, solamente esa autoridad o su delegado resulta competente a efectos de comprometer contractualmente a la institución pública.

A manera de ejemplo me permito referirme a la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito el 29 de marzo de 2017, emitida dentro de la causa No. 17811-2016-01359 seguida por IISAPETROL CÍA. LTDA. contra PETROECUADOR EP, fallo en el que se rechaza la demanda por no haberse identificado la intervención de autoridad competente en un negocio jurídico, bajo el siguiente argumento:

> DÉCIMO. […] Revisado el proceso así como las pruebas aportadas no constan de los mismos que los trabajos adicionales efectuados por IISAPETROL CÍA LTDA., dentro del contrato 2008-022, materia de la presente causa, hayan sido aprobados por parte del administrador del contrato o de autoridad con capacidad de comprometer a la institución demandada que haya generado a favor del accionante una fuente de obligación que compela a la administración demandada a responder por los trabajos ejecutados por el actor IISAPETROL […][15].

Es aquí donde encontramos el primer punto de quiebre respecto a la posibilidad de configuración del elemento inicial en un contrato tácito con la administración pública porque será necesario que se verifique que la autoridad que expresó su voluntad era la competente para el efecto.

Por otro lado, la capacidad de los particulares intervinientes en el negocio jurídico está sometida a las regulaciones del derecho civil. Así, en los artículos 1461, 1462 y 1463 del Código Civil, se contemplan normas relativas a la ca-

13 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 226. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
14 Ley Orgánica del Sistema Nacional… *Eiusdem*. Artículo 6.
15 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. *Causa No. 17811-2016-01359*. Sentencia, 29 de marzo de 2017.

pacidad de una persona para obligarse jurídicamente a través de un contrato. Señalándose que "[…] [l]a capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra"[16].

Entonces, para que se configure el primer elemento del contrato, esto es la existencia de los sujetos —entre ellos la administración pública— se deberá constatar la competencia de la autoridad administrativa y la capacidad de la persona privada para obligarse contractualmente.

2.2. Voluntad

La formación de la voluntad en un contrato administrativo se genera cuando los contratantes otorgan su consentimiento a través del cumplimiento de los procedimientos legales y reglamentarios[17]. A diferencia de la contratación común, que se rige por el principio de la autonomía de voluntades, la administración pública puede solamente actuar según las facultades y competencias que le atribuyen la Constitución y la Ley. Para ilustrar lo mencionado, me permito citar a Juan Pablo Aguilar, quien explica:

> […Las] consideraciones sobre libertad humana y autonomía de la voluntad, y sobre los límites que se imponen a ellas para salvaguardar el orden público, no tienen cabida cuando se trata de la Administración Pública. En efecto, esta última [la administración pública] no actúa sobre la base del principio de libertad sino que está sometida al principio de legalidad; esto es, no es libre de hacer lo que le parezca más conveniente, sino que está limitada a aquello que expresamente le encargue el ordenamiento jurídico. […] no obra libremente sino que requiere una habilitación legislativa previa, esto es, actúa solo en la medida en que una norma le autoriza a hacerlo. La actividad administrativa no es ejercicio de libertad, sino 'de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido'; en esa medida, no es un poder libre sino un poder sometido a la norma […][18].

Entonces, no se podrá considerar expresado el consentimiento de la administración pública a menos que se hubiese emitido en la forma prevista en la Ley. En este punto definitivamente encontramos una dificultad —a nuestro parecer— insuperable en lo que se respecta a la creación de acuerdos tácitos entre el Estado y particulares porque, como se expuso en líneas anteriores, las controversias generadas por la supuesta prestación de servicios, entrega de bienes o ejecución de obras sin contrato, tienen como antecedente la falta de observancia de los procedimientos legales previstos en el Sistema Nacional de Contratación Pública.

16 Código Civil. Artículo 1461. Suplemento del Registro Oficial No. 46 del 24 de junio de 2005.
17 Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.,* p. 309.
18 Aguilar Andrade, Juan Pablo. *Arbitrabilidad de los Actos Administrativos*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2014, p. 67.

No solo que aquellos supuestos acuerdos tácitos demuestran omisión de procedimientos, sino que incluso ponen en evidencia el haber incurrido en prohibiciones legales. En efecto, el artículo 69 de la LOSNCP establece en su inciso final una expresa prohibición para ejecutar obras, servicios o entregar bienes sin la celebración y formalización de los respectivos contratos públicos[19]. Coincidiendo con la postura expresada por el legislador en esta norma, Allan Brewer-Carías sostiene que "Una vez formada la voluntad de la Administración siguiendo, según los casos, el procedimiento señalado anteriormente, la manifestación de esa voluntad debe ser siempre expresa […]"[20].

Sobre la voluntad contractual tácita, Roberto Dromi se expresa en forma armoniosa a lo anteriormente descrito al sostener que la administración pública puede expresar su voluntad de forma tácita a través del silencio administrativo cuando el ordenamiento jurídico expresamente lo prevé en actos administrativos. No obstante, afirma que en lo que concierne a contratos administrativos el consentimiento de la administración debe necesariamente ser expreso[21].

Apartándose de este criterio, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, emitió un fallo sosteniendo que:

> […] el Tribunal advierte que es claro que entre la empresa PROCEFARGO CIA. LTDA, y el Instituto de Contratación de Obras ICO, hoy Servicio de Contratación de Obras, SECOB, existió una vinculación jurídica conocida en la moderna doctrina de derecho administrativo como una relación negocial interpartes que generó obligaciones, en este caso, la obligación de la empresa mencionada de realizar los estudios técnicos para la Contratación de los edificios de residencia en la Universidad Yachay, y entregarlas al Servicio de Contratación de Obras, y éste a su vez, a pagar el valor de tales estudios, una vez que los mismos sean recibidos, precisamente porque se ha probado que funcionarios del ICO hoy SECOB, requirieron al actor y se generó un vínculo que podría denominarse de trabajo especializado. De esta manera, es claro que la autonomía de la voluntad, entendida como "la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de terminar su contenido, efectos y duración", constituye la base fundamental de esta relación nacida entre las partes, voluntad que es soberana[22].

En ese fallo, se verifica un criterio totalmente opuesto al sustentado en líneas anteriores porque parte de la aplicación del principio de autonomía de voluntades incluso respecto de la administración pública para concluir en la existencia de una "relación negocial". No obstante, estimamos que este criterio es insostenible, y así lo consideró la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia que casó y revocó el fallo,

19 Ley Orgánica del Sistema Nacional… *Eiusdem*. Artículo 69.
20 Brewer-Carías, Allan. *Tratado de Derecho Administrativo… Óp. cit.,* p. 588.
21 Dromi Roberto. *Derecho Administrativo. Óp. cit.,* p. 311.
22 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito. *Causa No. 17811-2016-01588*. Sentencia, 30 de agosto de 2017.

bajo la consideración de que este asunto no versaba sobre materia de contratación pública ante la inexistencia de un contrato administrativo; por lo que declaró que había operado la caducidad para accionar[23].

En conclusión, en los acuerdos tácitos se encontraría ausente el elemento de la voluntad porque no se podría dar por entendido que la administración haya manifestado su consentimiento a menos que su voluntad se hubiera formado según los procedimientos previstos en la ley. Por su parte, la ausencia de este elemento (consentimiento) es absolutamente gravosa porque la expresión de la voluntad válida es lo que hace posible la existencia del contrato[24]. Como resultado, a falta de consentimiento, el contrato se reputa inexistente.

A pesar de que, con la falta del consentimiento, bastaría para que podamos afirmar que no es posible el reconocimiento de acuerdos tácitos entre el Estado y particulares a la luz del derecho público contractual; por motivos didácticos continuaremos con el estudio de los demás elementos.

2.3. Objeto

Se entiende por objeto del contrato, al "contenido o materia que se trata de dar, hacer o no hacer"[25]. Esta definición es aquella prevista en el derecho privado pero también resulta aplicable para los contratos administrativos. En ambos casos el contrato debe tener las siguientes características: ser cierto, determinado o determinable, posible y también lícito[26].

Para el efecto de nuestro estudio, este elemento no resulta absolutamente relevante, por las coincidencias que entraña con las normas civiles. Únicamente cabe dar realce a la finalidad pública que persigue el contrato administrativo.

En cuanto a los acuerdos tácitos entre la administración pública y particulares, si podría encontrarse presente este elemento, siempre y cuando el convenio tenga como objeto la satisfacción de necesidades públicas. Es decir, que exista una real necesidad institucional que promueva la contratación.

2.4. Forma

La contratación pública es reglada y eminentemente formalista. La forma de un contrato "[s]e refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza

23 Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Causa No. 17811-2016-01588*. Sentencia, 26 de enero de 2018.
24 Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.,* p. 310.
25 Lima Endara, Miguel. *Las obligaciones que nacen de los actos y contratos administrativos*. En Eguiguren, Genaro. *Celebración de Contratos Administrativos*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2001, pp. 33-34.
26 Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.,* p. 312.

o instrumenta el vínculo contractual"[27]. Según el artículo 69 de la LOSNCP, los contratos públicos por regla general se celebran por escrito a través de un documento suscrito por las partes. No obstante, existen casos en los que por su naturaleza, cuantía o expreso mandato de la ley, requieren además formalizarse a través de escritura pública. Así también, se contemplan excepciones en los procesos de compra por catálogo, en los que se formalizan a través de órdenes de compra y actas de entrega; y, en los procesos de ínfimas cuantías en los que se instrumentan las contrataciones a través de facturas[28].

Entonces, en el caso de la contratación pública el principio de libertad de formas queda relegado a segundo plano, siendo primordial el cumplimiento del ordenamiento jurídico, cuando este prevé formas específicas para la materialización del vínculo contractual como sucede en el caso ecuatoriano, conforme se ha analizado en el párrafo anterior.

En el tema que nos ocupa, es evidente la falta de configuración del elemento "forma" porque los acuerdos tácitos suponen la omisión de estipulaciones escritas. Sin embargo, resulta necesario el determinar cuál es el efecto que aquella deficiencia provoca.

Por una parte, Roberto Dromi identifica a la forma como un elemento esencial del contrato, y concluye que cuando la norma positiva dispone que el contrato deba constar por escrito, aquello debe entenderse como indispensable por lo que su inobservancia afecta la validez del contrato[29]. En cambio, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, sostienen que incluso cuando la forma escrita del contrato es obligatoria, la ausencia de este elemento, no afecta a la validez del contrato porque aquello carece de carácter consultivo. Esta afirmación se realiza bajo la consideración de que el contrato se perfeccionaría en el momento de la adjudicación; mas no con su formalización[30].

En el caso ecuatoriano, consideramos que la posición de Dromi resulta más plausible. En efecto, el ordenamiento jurídico ha conferido al elemento "forma" tal importancia que ha sancionado con la nulidad a los contratos administrativos que no cumplen con las solemnidades legales[31].

El análisis de la nulidad contractual, resultaría más útil en el supuesto en que partiéramos de la concepción de un contrato existente. Sin embargo, como se expuso en acápites anteriores, en el tipo de casos que nos hallamos estudiando, la falta de consentimiento de la administración expresado conforme lo manda la ley, acarrearía por sí sola, la inexistencia del contrato o negocio tácito.

27 *Id.*, p. 313.
28 Ley Orgánica del Sistema Nacional… *Eiusdem*. Artículo 69.
29 Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.,* pp. 311-312
30 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón.*Curso de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.,* p. 726.
31 Ley Orgánica del Sistema Nacional… *Eiusdem*. Artículo 65 número 2.

Sin perjuicio de lo cual, estimamos necesario ahondar sobre este particular para reforzar el criterio de trascendencia que la legislación ecuatoriana ha atribuido a este elemento (forma) en los contratos administrativos. Así, el artículo 65 de la LOSNCP contempla como una causa de nulidad de los contratos administrativos a la omisión de procedimientos y solemnidades establecidas en el Ley[32]. Esa misma norma hace también una remisión a las reglas del derecho civil, señalando entre las causas de nulidad de los contratos administrativos a aquellas generales establecidas en la Ley.

Por su parte, el artículo 1698 del Código Civil determina que es causa de nulidad absoluta "[…] la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos […] contratos"[33]. Así mismo, el artículo 1459 del mismo cuerpo legal establece que un contrato es solemne cuando está sujeto al cumplimiento de formalidades especiales al punto que sin ellas no surte efectos jurídicos[34].

Entonces, se puede colegir que los contratos administrativos son solemnes porque la ley que regula la materia ha establecido requisitos obligatorios para su validez, mismos que consisten en la observancia de procedimientos y formalidades legales. En este tipo de contratos la omisión de esas formalidades daría lugar a su nulidad, según lo prescrito en el número 1) del artículo 65 de la LOSNCP y artículo 1698 del Código Civil.

Ahora, la alegación sobre la nulidad contractual podría formularse por el Procurador General del Estado en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 65 de la LOSNCP; mas, resulta inquietante si la entidad pública sobre la que se pretenden hacer valer las obligaciones contractuales, pudiera anunciarla a su favor; o si el contratista pudiera demandar la nulidad del contrato. El artículo 1699 del Código Civil prescribe que la nulidad absoluta puede ser alegada por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato[35]. Para dilucidar aquello, es necesario acudir al fallo dictado por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en la que se aclara que:

> […] la inhabilidad prevista en esta segunda parte del artículo aludido para alegar la nulidad absoluta no es aplicable cuando esa contravención afecta intereses de orden público, sino únicamente a aquellos casos en que una persona particular al eludir sus obligaciones contractuales trata de utilizar su propia falta como un medio para sacar provecho o utilidad […][36].

32 Ley Orgánica del Sistema Nacional… *Eiusdem*. Artículo 65 número 2.
33 Código Civil. *Eiusdem*. Artículo 1698.
34 Código Civil. *Eiusdem*. Artículo 1459.
35 Código Civil. *Eiusdem*. Artículo 1699.
36 Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. *Causa No. 371-2006*. Sentencia, 26 de octubre de 2006.

En ese mismo fallo se hace referencia a la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de 28 de diciembre de 1999 en la que se comparte el criterio sobre que la mencionada prohibición recae exclusivamente en contratos entre particulares y no cuando una de las partes contractuales es una entidad pública[37].

Entonces, en resguardo del orden público, la nulidad contractual cabría ser formulada además del Procurador General del Estado, por la entidad contra la que se pretenden hacer valer las obligaciones contractuales; pero no por el sujeto particular que habría intervenido en el contrato. No obstante, reiteramos que aquella alegación únicamente sería útil en el supuesto en que los demás elementos del contrato se configuren y así se pueda entender como existente al negocio jurídico; cuestión que como ya se ha dicho antes, en lo que respecta a los negocios tácitos con el Estado, hemos puesto en tela de duda en este estudio.

Examinado que ha sido el elemento "forma" podemos concluir que, el mismo es relevante en cuanto a la validez del negocio jurídico. Al punto que la ausencia del acatamiento de las formas previstas en la ley ocasionaría la eventual nulidad del indicado contrato, según lo dispuesto en las normas legales previamente citadas. Este particular resultaría trascendente en el orden práctico si primero se cumplieran el resto de elementos esenciales del contrato.

Por todo lo expuesto, habiendo analizado cada uno de los caracteres fundamentales del contrato público, se puede llegar a la conclusión de que los negocios tácitos entre el Estado y particulares no podrían reunir todos los indicados elementos. Si bien podrían configurarse los elementos de sujetos y objeto, resultaría especialmente complejo que se encuentren presentes los caracteres de voluntad y forma porque este tipo de negocios jurídicos tienen como antecedente la inobservancia de procedimientos legales.

En consecuencia, ante la ausencia de elementos esenciales del contrato administrativo en los negocios tácitos entre el Estado y particulares, se colige que su reconocimiento no es jurídicamente factible a la luz de las normas del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2. Negocios jurídicos tácitos y la prohibición de obligar a realizar trabajos gratuitos o forzosos

En los casos en que se ha planteado esta problemática ante órganos judiciales, resulta recurrente el argumento de que se deberá reconocer el negocio jurídico tácito por cuanto el artículo 66 número 17 de la Constitución de la República

37 Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. *Causa No. 178-1998*. Sentencia, 28 de diciembre de 1999.

contempla una prohibición de que se obligue a alguien a efectuar trabajos gratuitos o forzosos[38].

Este argumento ha sido analizado y estimado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito en los juicios No. 17811-2016-01588 y 17811-2017-00993, en ambos casos, el referido órgano judicial verificó la inexistencia de un contrato administrativo escrito; mas ordenó el pago de los valores demandados por cuanto consideró que no hacerlo incurriría en la prohibición prevista en la mencionada norma constitucional.

En el primer caso en cita, el mencionado órgano judicial, consideró lo siguiente:

> Por tanto, el Tribunal aclara que el efecto de este concurso de voluntades es la fuerza obligatoria de lo pactado y su intangibilidad. Para ahondar en lo manifestado nos remitiremos a lo señalado en el artículo 1561 del Código Civil, que contiene el principio pacta sunt servanda, conforme el cual "los pactos deben honrarse", es decir, que lo pactado obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Igualmente, el Art. 66 número 17 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que ninguna persona será obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso[39].

Esta sentencia (a la que se ha hecho referencia anteriormente) fue casada por la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia que desestimó la existencia de un contrato administrativo a consecuencia de un negocio jurídico tácito, lo que a su vez ocasionó que se declare la caducidad del derecho para accionar del demandante al no versar la acción sobre materia de contratación pública. No obstante, no existió pronunciamiento expreso por el órgano que resolvió la casación, sobre la aplicación de la prohibición constitucional en mención[40].

En el segundo juicio mencionado, el juzgador sustentó su decisión en el artículo 66 número 17 de la Constitución de la República para disponer el pago por concepto de "obras adicionales" de las que habían sido pactadas en un contrato de obra. El Tribunal estimó que esa disposición constitucional protegía el equilibrio económico del contrato, según el cual dijo que se evitaría el enriquecimiento injusto de la administración en detrimento del contratista[41]. En esa sentencia se expuso:

> En la especie, no se aprecia la suscripción de un contrato complementario, por un lado, y por otro, existe la continuación del contratista con obras adicionales requeridas sin el cumplimiento de las observancias legales y contractuales. Pues documentadamente no existe evidencia alguna de dicho cumplimiento […].

38 Constitución de la República… *Eiusdem*. Artículo 66 número 17.

39 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. *Causa No. 17811-2016-01588*. Sentencia, 30 de agosto de 2017.

40 Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Causa No. 17811-2016-01588*. Sentencia, 26 de enero de 2018.

41 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. *Causa No. 17811-2017-00993*. Sentencia, 17 de junio de 2019.

Respecto de esta sentencia, las partes demandadas han planteado recursos de casación que se encuentran pendientes de resolución.

Los mencionados casos tienen como puntos comunes que a pesar de que el Tribunal constató el quebrantamiento de la ley e incumplimiento de los procedimientos previstos en la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispuso el pago de valores reclamados por los demandantes; y para dicho efecto, de forma principal, aplicó la norma constitucional contenida en el artículo 66 número 17.

Si bien no hay discrepancia sobre la superioridad jerárquica de la norma constitucional; sería razonable que aquella sea aplicada en lugar de normas infra-constitucionales, siempre y cuando existiere una antinomia o contradicción entre ellas. No obstante, estimamos que el artículo 66 número 17 de la Constitución de la República no resulta aplicable para efectos de ejecución de obligaciones provenientes de negocios jurídicos tácitos, por los motivos que paso a exponer a continuación.

El indicado artículo, que se encuentra previsto entre los derechos de libertad consagrados en la Constitución de la República, reza:

> Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: […]
> 17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley[42].

Entonces, el presupuesto básico para que se incurra en la prohibición contemplada en la norma constitucional es que exista coacción o imposición de un sujeto frente a otro, a fin de que este último realice un trabajo gratuito o forzoso.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, sentencia del 20 de octubre de 2016, consideró lo siguiente:

> Con respecto al trabajo forzoso u obligatorio, prohibido en el artículo 6.2 de la Convención Americana, la Corte ya se ha pronunciado sobre el contenido y alcance de dicha norma en el Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. En esa Sentencia, la Corte aceptó la definición de trabajo forzoso contenida en el artículo 2.1 del Convenio No. 29 de la OIT, la cual dispone que: [l]a expresión "trabajo forzoso" u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente[43].

42 Constitución de la República… *Eiusdem*. Artículo 66 número 17.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 291.

En los casos en análisis no consta que se haya verificado la existencia de los elementos que configuran la prohibición de trabajo gratuito o forzoso, esto es: a) que el trabajo se haya exigido bajo amenazas; y, b) que los trabajos se hayan realizado de forma involuntaria. Lejos de aquello, en los casos en mención, el juzgador llegó a la convicción de que existieron supuestos acuerdos o negocios jurídicos tácitos entre las partes, lo que comportaba la necesidad de manifestación de voluntad y consentimiento, que de forma automática excluirían a los elementos que configuran la prohibición.

En consecuencia, no vemos cómo podría ser posible que la observancia de las normas relativas al derecho contractual público contenidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, puedan implicar un quebrantamiento de la libertad del trabajo; ni tampoco suponer la existencia de trabajo obligatorio gratuito o forzoso. Entonces, no parece factible que bajo la aplicación del mencionado principio constitucional, se desconozcan las normas del Sistema Nacional de Contratación Pública y se reconozcan supuestos negocios jurídicos tácitos que no cuentan con los elementos para ser considerados como contratos administrativos.

3. Generación de afectación presupuestaria sin compromiso previo ¿Una forma de reconocimiento de negocios jurídicos tácitos?

A pesar de que la LOSNCP mantiene disposiciones expresas sobre la obligación de cumplir un procedimiento precontractual y luego contractual para la prestación de servicios, entrega de bienes o ejecución de obras; el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (en adelante COPFP) ha establecido excepciones para que se reconozcan obligaciones a consecuencia de la generación de afectaciones presupuestarias sin compromiso previo, es decir, sin cumplir los procedimientos previstos en materia de contratación pública.

Si bien esto no parecería ser coherente con las normas del Sistema Nacional de Contratación Pública, como hemos dicho en párrafos anteriores, la administración pública actúa sobre la base de las competencias y facultades que le confieren la Constitución y la ley. De ahí que si existe una norma legal que habilite a la autoridad administrativa el reconocer obligaciones presupuestarias sin que exista contrato administrativo, aquello sería jurídicamente factible.

El artículo 117 del COPFP prescribe que se genera afectación presupuestaria sin compromiso previo cuando se configuren los siguientes requisitos: que se reciban a satisfacción de terceros obras, bienes o servicios; y que estos hayan

sido adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido. Adiciona la norma que este mecanismo es excepcional[44].

Del artículo en cita, se evidencia que además de justificarse la recepción de obras, bienes o servicios, se debe contar con un acto administrativo válido. Según el artículo 105 del COA, los vicios que afectan de nulidad se producen cuando el acto administrativo:

> 1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.
> 2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.
> 3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.
> 4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.
> 5. Determine actuaciones imposibles.
> 6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código.
> 7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.
> 8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración. El acto administrativo nulo no es convalidable […][45].

Es decir que para que un acto administrativo sea válido, y se configure el requisito previsto en el artículo 117 del COPFP, no deberá encontrarse incurso en ninguna de las causales de nulidad, previamente citadas. Cotejando las mismas con los casos cuya problemática se encuentra en análisis, nos permitimos presentar las siguientes interrogantes, que nos hacen suponer la imposibilidad de que un acto administrativo que reconozca la recepción de bienes, obras o servicios sin compromiso previo sea válido:

Con respecto al primer punto, esto es que el acto es nulo cuando es contrario a la Constitución y a la ley, es preciso recordar que el artículo 69 de la LOSNCP contempla una prohibición expresa de que se reciban bienes, servicios y obras, sin haberse celebrado y formalizado (según el caso) contratos administrativos por escrito. Luego, la inquietud que surge es si el acto administrativo que deba contrariar la mentada disposición legal podría ser válido, o se encausaría en el vicio determinado en el número 1) del artículo 105 del COA, por dictarse conculcando la indicada norma de la LOSNCP.

Por otra parte, en cuanto a la causal número 2) que versa sobre el incumplimiento de la finalidad de la norma que confiere la competencia, inquieta que el artículo 117 del COPFP, no deja claro cuáles son las circunstancias en que el factor de excepcionalidad aplicaría para conseguir sus fines. Todavía más

44 Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Artículo 117. Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

45 Código Orgánico Administrativo. *Eiusdem*. Artículo 105.

cuando la LOSNCP ha contemplado el mecanismo agilísimo de régimen especial con contratación directa para casos de emergencia. Lo que descarta al factor emergente como justificación para la falta de suscripción de contratos, limitando aún más el ámbito en el que podría operar la excepcionalidad para la afectación presupuestaria sin compromiso previo.

Finalmente, en lo que respecta al número 7) del precisado artículo legal que contempla como causa de nulidad del acto administrativo cuando "[s]e origine en hechos que constituyan infracción penal". Resulta preocupante la aplicación de la figura de convenio de pago al amparo del artículo 117 del COPFP que no solo ha sido objeto de uso sino de abuso para erogaciones por concepto de obras, servicios o bienes recibidos sin respaldo contractual. Cuestión que ha comportado incluso la posible configuración de delitos como cohecho y tráfico de influencias, que en la actualidad se encuentran siendo perseguidos en casos de interés nacional como por ejemplo el Caso Sobornos 2012-2016, en el que se investiga sobre una red de corrupción que presuntamente actuaba con base a estas figuras para evadir procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública[46].

En conclusión, la figura establecida en el COPFP relacionada al reconocimiento de obligaciones sin contrato administrativo que las respalde, por haberse generado afectación presupuestaria, prevé un requisito de difícil alcance. Nos referimos a la emisión de un acto administrativo que debe ser válido pero que a la vez debe inobservar la LOSNCP. Que debe ser motivado y cumplir la finalidad de la norma que atribuyó la competencia a la autoridad, pero que a la vez no contempla parámetros claros para su aplicación "excepcional". Por último, que además debería ceñirse al principio de transparencia para evitar despertar sospechas sobre posibles infracciones penales. Entonces, con todos estos inconvenientes, parecería casi inaplicable la fórmula contemplada en el artículo 117 del COPFP, siendo a todas luces más idóneo el dar cumplimiento a los procedimientos de contratación pública previstos en la ley, sin excepción.

4. Conclusiones

Con base en los puntos tratados en el presente trabajo, es posible concluir que las relaciones contractuales tácitas con el Estado para la entrega de bienes, servicios u obras no se encuentran jurídicamente protegidas en el sistema ecuatoriano de contratación pública dado que estos negocios no contemplan todos los elementos esenciales de un contrato administrativo.

46 "En la Corte Nacional se desarrolla audiencia que analiza el acuerdo de cooperación eficaz con Pamela Martínez, en caso Sobornos". El Universo. 16 de marzo de 2020, párr. 14. https://www.eluniverso.com/noticias/2020/03/16/nota/7784526/tribunal-juicio-caso-sobornos-se-instala-audiencia-tratar-acuerdo

En efecto, a pesar de que la intervención de los sujetos contractuales se podría configurar en este tipo de acuerdos, sería complejo justificar la comparecencia de la autoridad competente en un negocio jurídico que no contiene estipulaciones expresas. Además, si bien el objeto lícito del contrato podría encontrarse presente, en caso de cumplirse con los requisitos previstos en el derecho civil, lo propio no sucede con los dos restantes elementos. Es prácticamente imposible que se encuentre presente el elemento de voluntad en este tipo de negocios en los que la administración no expresa su consentimiento a través de los procedimientos legales, de ahí que incluso su ausencia acarrearía la inexistencia del contrato tácito. Por último, el elemento formal no se podría encontrar presente en este tipo de acuerdos que tienen como antecedente precisamente la inexistencia de procedimientos previos y contrato por escrito.

Adicionalmente podemos determinar que la aplicación del principio de libertad de trabajo y la prohibición de ejecución de trabajos gratuitos y forzosos no reviste justificación suficiente y aceptable para el reconocimiento de acuerdos tácitos en desmedro de la observancia de las normas del Sistema Nacional de Contratación Pública. Esto porque en un primer momento los acuerdos tácitos prevén la expresión de voluntades mutuas; mientras que la referida prohibición recae en medios irresistibles que hacen que un sujeto de forma involuntaria efectúe cierto trabajo. Es decir, ambas figuras resultan abiertamente excluyentes siendo que la primera tiene como base el otorgamiento del consentimiento; y en la segunda, es requisito de configuración la ausencia de voluntad.

En cuanto a la afectación presupuestaria que permitiría reconocer la entrega de bienes, servicios y obras supuestamente sin previo compromiso expreso, parecería ser una forma de convalidación ante la ausencia de contratos administrativos. Sin embargo, esta figura contempla un requisito de ardua configuración, esto es la emisión de un acto administrativo válido por autoridad competente. La dificultad radica en que esa declaración de voluntad jamás podría ser válida si contraviene la ley; y aceptar la entrega de obras, bienes y servicios sin contrato, evidenciaría la inobservancia de la ley. Además, este mecanismo no delimita objetivamente su ámbito de aplicación ni garantiza transparencia y eficacia en el gasto público.

Por lo expuesto, concluimos en que aceptar la configuración legal de acuerdos tácitos con el Estado para la prestación de servicios, entrega de bienes y ejecución de obras; significaría validar el incumplimiento de la ley, en desmedro del alcance de los objetivos previstos por el Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es el garantizar la calidad del gasto público, la transparencia y evitar la arbitrariedad en la contratación.

Finalmente, es preciso reconocer que con este trabajo no se ha agotado el estudio de este tema dado que no se ha enfocado en arribar a una posible solución para la problemática, sino que ha consistido en un examen eminentemente jurídico y descriptivo a la luz del derecho contractual público.

En el supuesto de haberse efectivamente prestado servicios, entregado bienes o efectuado obras a favor del Estado y sin que la vía de reclamación sea el reconocimiento de acuerdos tácitos con el Estado, estimamos recomendable el análisis del problema desde un enfoque de la responsabilidad objetiva del Estado. Sin embargo, nos permitimos adelantar nuestra preocupación respecto a la intervención de la víctima en los hechos generadores del daño como un elemento que podría ser decisivo en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual del Estado, en casos que tengan similitudes con los planteados y en los que el particular participa activamente en el quebrantamiento de la ley.

Por último, también se podría efectuar un futuro estudio de este tema desde la perspectiva del enriquecimiento injusto. Dentro de este ámbito, se podría confrontar a los principios de buena fe y confianza legítima con el viejo aforismo jurídico *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (no se escuchará a quien alegue en su beneficio su propia torpeza). Recordemos que partimos de la negligencia de particulares así como de servidores públicos que, a sabiendas de la obligatoriedad del cumplimiento de procedimientos y solemnidades para efectos de contratar con el Estado, los omiten deliberadamente. ¿Pueden los particulares y/o servidores públicos escapar de las consecuencias de su negligencia? ¿Qué nivel de responsabilidad les corresponde asumir? Estas son inquietudes que quedan abiertas a la discusión.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Impeachment in the United States and Muerte Cruzada in Ecuador: Analysis on the Legal Effectiveness of Both Figures

El impeachment en los Estados Unidos y la muerte cruzada en Ecuador: análisis sobre la eficacia legal de ambas figuras

Manuela Cárdenas Cifuentes*

Recibido / Received: 22/02/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1697

Citación:
Cárdenas Cifuentes, M. «Impeachment in the United States and Muerte Cruzada in Ecuador: Analysis on the Legal Effectiveness of Both Figures». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 287-305, doi:10.18272/ulr.v7i1.1697.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, Law student, Post Office Box 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. E-mail: manucardenas818@gmail.com; mcardenas3@estud.usfq.edu.ec.
ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-8696-8412

Abstract

The figure of impeachment in the United States and that of *muerte cruzada* in Ecuador are two political figures created with a double purpose. The first, is to demonstrate that there is a clear division of powers in the governmental sphere; and second, to serve as a checks and balances mechanism that controls the actions of the public power, especially those of the president of the nation. As such, these figures have an important role because they seek to maintain democracy and political, social and economic stability of the countries involved. The problem that arises when trying to put these tools into practice is that they clash with the power of the strongest political parties. Thus, its effectiveness is put at risk and the doubt of its true usefulness arises. This article will focus on analyzing how effective these figures have been to remove presidents from office. To achieve that end, research will be conducted, first of all, to define both figures and find a useful meaning in their existence; later, it will analyze if there are cases in which these political figures have been tried to be applied and if they succeeded or failed and, finally, determine if the figures in these countries are truly political tools to control public power, or if they are only rhetorical figures that have no practical use since there are barriers to their real and effective application.

Keywords

Impeachment; *muerte cruzada;* checks and balances; division of powers; president of the nation; political tools and mechanisms; legitimate democracies

Resumen

El impeachment *propio de Estados Unidos y la muerte cruzada de Ecuador son dos figuras políticas creadas con un doble fin: primero, demostrar que existe una división clara de poderes en el ámbito gubernamental; y segundo, servir como un mecanismo de* checks and balances *que controle las actuaciones del poder público, en especial las del presidente de la nación. Como tales, estas figuras tienen un papel importante pues buscan mantener la democracia y estabilidad política, social y económica de los países involucrados. El problema que se presenta al tratar de poner en práctica estas herramientas es que chocan con el poder de los partidos políticos más fuertes. Es así que su efectividad se pone en riesgo y surge la duda de su verdadera utilidad. El presente artículo se enfocará en analizar cuán efectivas han sido estas figuras para remover del cargo a presidentes. Para alcanzar ese fin, buscará en primer lugar, definir ambas figuras y encontrarle un sentido útil a su existencia; posteriormente, analizará si existen casos en los que se ha intentado aplicar estas figuras políticas y si es que estas tuvieron éxito o fracasaron y, finalmente, determinar si las figuras en estos países son verdaderamente herramientas políticas de control del poder público, o si son solamente figuras retóricas que no tienen utilidad práctica puesto que existen barreras para su real y efectiva aplicación.*

Palabras Clave
Impeachment*; muerte cruzada;* checks and balances*; división de poderes; presidente de la nación; herramientas y mecanismos políticos; democracias legítimas*

1. Introduction

The United States and Ecuador have very different legal, social, economic, and political realities. Aside from being located in two separate continents, each with distinctive features, its history and evolution through time has been decisive in order to establish such marked differences. In order to understand why both countries diverge so much, it is imperative to determine the system each one follows or complies to. The United States has a common law system inherited by British influence, that as such, is comprised by many defining characteristics such as: absence of a homogenous codified written Constitution; binding nature of judicial decisions; states' autonomy to create their own legislation; importance of custom in political, governmental, and legal decisions; fewer or less government intervention through the application of previous, written laws[1]. Ecuador, on the other hand, lives under a civil or continental law system based on Roman law that is completely opposite to the ideals and features of common law. Civil law systems rely on written laws for basically every area of law, including civil, criminal, procedural, administrative, tax, and many others, as long as they strictly oblige to the supremacy of the Constitution; furthermore, judicial decisions are rarely binding, allowing contradictions between inferior and superior Courts[2].

Having analyzed the difference in legal systems between both countries, one would expect or assume that finding similarities between them might be a complicated task. However, they do share a similar traits when it comes to exercise check and balances alongside separation of powers in order to control and/or question the political power, functions, and duties exercised by public authorities. Especially and in particular, when it comes to the major and most important figure of a State in the cases of a federation such as the United States and a republic like Ecuador: the President of the Nation. This similar trait or element shared in both legal systems is called impeachment in the case of the United States, and *muerte cruzada* in the case of Ecuador.

The following work, apart from contextualizing and comparing both legal figures; will prove that despite the differences in legal and political systems, two countries can have similar goals when it comes to the exercise of a legitimate

1 Torré, Abelardo. *Introducción al Derecho.* 14ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, pp. 400-407.
2 World Bank Group. *Key features of Common Law or Civil Law systems, 2016.* https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/framework-assessment/legal-systems/common-vs-civil-law (accessed: 11/17/2019).

democracy. But most importantly, aside from the previously mentioned aspects, this article will seek to determine if these figures are truly effective when exercising checks and balances and division of powers because there is one big problem surrounding them: do they actually work in favor of democracy and political stability, or are they rhetorical tools that seek to satisfy the interests of the strongest political party? In order to try to answer this question, aside from contextualizing both legal figures according to each country's political system, research will also aim to analyze the attempts both countries have had throughout the years to apply these figures. In the end, the answer may turn disappointing to the reader considering the noble nature and contextualization of both figures. However, it will prove that the problem does not rely on the legal figures created in a political system; it all comes to the political actors and authorities that put into practice those figures, as well as their intentions or motives.

2. Glancing at Constitutions

2.1. The United States Constitution

"We the People"[3] is the first phrase with which the US Constitution begins its normative text. That fragment marks the whole spirit and essence of the United States as a country: the fact that the governments' true and ultimate goal is to serve and work for its citizens. With pride, the United States can affirm that they are the only country in the world that has the written federal Constitution with longer lifespan in the world: to be precise 232 years since it was written, and 230 years since the country began living under its rules and legal provisions. A distinction should be made at this point in order to largely appreciate the longevity of the United States Constitution. The US system is divided into federal and state, and as such, there is a Constitution for the federal level, and several Constitutions for each state. Since states legislation within the United States have changed greatly throughout history, it is to be expected that each state Constitution has been modified several times. For the sake of argument, the Constitution that plays the predominant role as a document with greater lifespan, is the federal Constitution.

The history or path of creation of the US Constitution follows a rising conflict concerning the Articles of Confederation and the limited power vested upon the Congress of Federation. The limited faculties conferred to the Congress, given the fact that with many states involved in every decision-making process, making a unanimous vote regarding a certain topic was very complicated. Hence, the government could not actually govern because basically none

3 Constitution of the United States. Preamble. 1789.

of the decisions were adopted since they required unanimity. This reality led to the necessity of creating an integrated body of rules that reflected everybody's needs and concessions in order to be able to govern and make decisions based on those agreements and considering the vote of the majority. This integrated and unified body of law turned into the United States Constitution; a document that began its writing in 1787, and after 2 years of development, in 1789 was finally applied in day-to-day situations within the United States territory[4].

The United States Constitution is a clear example of an enduring Constitution that has had a huge lifespan because of its design, and the environment under which it lives and develops every day. A few of the many reasons why this Constitution has endured is because of 2 factors that are considered essential in order to have a long-lasting fundamental legal text: a well-defined system of division of powers granting clear faculties and competences to each power, and finally, a fully functional system of checks and balances in order to work as a legal restraint against any potentially unlawful act[5]. However, despite its enduring character, the US Constitution has not been free of any legal amendments to its original text. In fact, only 2 years after the formal application of the US Constitution, the Bill of Rights was ratified in 1791 with the first 10 amendments to be applied in the constitutional text[6]. Overall, the United States Constitution has had approximately almost 30 amendments to the original text; preserving its initial spirit and essence but changing certain elements in order to go in accordance with modern times and normal evolutionary modifications.

2.2. The Ecuadorian Constitution

In 2008, Ecuador adopted a new Constitution after 10 years of relative stability in terms of legal and constitutional reality. After a short term of political crisis during the government of Lucio Gutierrez between 2006 and 2007, Ecuador decided that it was time to create a new text that would shape and run the lives of all Ecuadorians. This whole idea of creating a new fundamental text was initiated by socialist presidential candidate Rafael Correa, who eventually won the elections in 2007. When he formally began his Presidential career, ruling under the ideals of Socialism of the 21st Century, one of his first decisions was to call Ecuadorian citizens to vote for a new National Assembly specifically created to design the new maximum and ultimate legal body of

4 The White House. *The Constitution.* https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/the-constitution/ (accessed: 11/26/2019).

5 United States Senate. *Constitution of the United States.* https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#preamble (accessed: 11/27/2019).

6 Bill of Rights Institute. *Bill of Rights of the United States of America* (1791). https://billofrightsinstitute.org/founding-documents/bill-of-rights/ (accessed: 11/28/2019).

the country: The Constitution. After a majoritarian decision of voters, on April 2007, the National Assembly was created, and after a few months, they had a new Constitution approved. Consequentially, after they had a new constitutional text sanctioned by members of the Assembly, a call for referendum was necessary in order to determine if the people approved the new Constitution. Finally, on September 2008 a little more than half of the total voters, approved the 2008 Constitution of the Republic of Ecuador[7].

Looking back at Ecuador's political and legal realities, it is highly likely to assure that its main legal body, the Constitution, will neither be stable nor long lasting. Ecuador has had, since its beginnings as a country that adopted a republican form of government, more than 15 Constitutions in less than 200 years. To be precise, Ecuador has had 20 Constitutions since 1830[8]. That means that in average, every Constitution has had a lifespan of about 8 years, clearly showing how unstable and malleable Ecuadorian legal, political, social, and economic realities are.

One of the Founding Fathers of the United States, Thomas Jefferson, believed that Constitutions should not last very long because it would mean that new generations are not being represented in the fundamental text. This is why he believed that Constitutions should have a lifespan of maximum 19 years in order to guarantee that the dead not govern the living[9]. Like Elkins et al suggest, Constitutional longevity is not the ideal scenario and it is particularly hard in countries with emerging democracies in Latin America and other regions outside of the United States and Europe. As Elkins et al properly articulate:

> […] constitutional change is a subspecies of institutional change. We assume that Constitutions are bargains among elites that are meant to be enduring. A Constitution will be maintained only if it makes sense to those who live under its dictates, so a crucial quality of any successful constitution is that it be self-enforcing. Our model of endurance also imagines that a political bargain, once adopted, will be stable so long as it is not subject to either endogenous or exogenous shocks, such as financial crisis, armed conflict, or the death of a long-serving leader[10].

This means that a Constitution will have a longer lifespan as long as the institutional character of the country is maintained stable and free of "shocks". This, because when a country is stable institutionally speaking, people agree with their legal bodies and require no mechanism of change. Since Ecuador

7 Benavides Ordoñez, Jorge. *Reforma Constitucional y Límites en la Constitución Ecuatoriana del 2008.* Tesis de Doctorado. Universidad de Sevilla. Sevilla, 2016.

8 Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008.* https://www.cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/ (accessed: 11/26/2019).

9 Elkins, Zachary; Ginsburg, Tom, and Melton, James. *The Endurance of National Constitutions.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 1.

10 *Id.*, pp. 8-11.

has had many "shocks" over its 189 years of existence as a Republic, it is very hard to have a Constitution that endures for a long time.

3. Procedure and Methodology of Impeachment According to the United States Constitution

3.1. Legal Definition and Background

Impeachment is a legal figure inside the United States Constitution that has served as an effective mechanism to remove unethical and law-breaker government officials. Article II, Section 4 of the US Constitution dictates: "The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors"[11]. The Constitution is clear on who can be subject for impeachment, not just the President, but all officers who hold a position in a government office.

Impeachment was not a legal figure created in the United States. The US, in fact, borrowed this figure from British Law whom, for centuries, had implemented this legal provision in order to remove the King's Ministers, and later on, to ensure Parliament accountability. In the case of the United States, during the Philadelphia Convention (also known as Constitutional Convention) held in 1787[12], the inclusion of impeachment and its content was discussed mainly between two of the 55 delegates that became the Framers of the Constitution: James Madison and George Mason. Thanks to their input and exchange of ideas, the figure of impeachment has been a relatively useful tool in order to maintain a democratic and lawful American government and political system[13].

Impeachment is a thorough, non-simple process that involves a series of steps and government institutions in order to follow a legitimate due procedure. The Constitution grants the power to impeach a government officer to two institutions, in the case of this article we refer to the President of the Nation. First, the House of Representatives, and then, the Senate; both of them, together, make the Congress of the United States government. Article I, Section 2 of the United States Constitution prescribes: "The House of Representatives shall have the sole Power of Impeachment"[14]. On the other hand, Article I,

11 National Archives. *The Constitution of the United States: A Transcription,* 2019. https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript (accessed: 11/29/2019).
12 National Archives. *Meet the Framers of the Constitution,* 2020. https://www.archives.gov/founding-docs/founding-fathers (accessed: 11/29/2019).
13 Ginsburg, Tom; Huq, Aziz Z. and Landau, David. "Designing Presidential Impeachment". *University of Chicago Public Law Working Paper, No. 731* (2019), p. 21.
14 National Archives. *The Constitution of the United States: A Transcription,* 2019. https://www.archives.gov/founding-docs/

Section 3 dictates: "The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments"[15]. Therefore, both, the House of Representatives have the legal faculty and competence to bring charges against a government officer, and the Senate, to grant the President with a proper trial before deciding to convict and remove him from office or not.

3.2. The Role of the House of Representatives

The House of Representatives is the government institution in charge of passing laws in the United States. It is one of the two bodies that integrate the Congress, and it is part of the Legislative Branch of Government[16]. The House, as Article I, Section 2 prescribes, is the one in charge of bringing charges against government officers, in our case the President, in order to proceed with impeachment. The House performs this task in accordance with its responsibility of investigating and overlooking at government officials' activities and roles. The procedure can begin either when one or more Representatives of the House send a bill to introduce allegations of impeachment against the President, or when the entire House issues a Resolution with an impeachment inquiry. Either way, whether it is via bill or via Resolution, the Committee on the Judiciary receives the inquiry for impeachment of the President. Depending on the magnitude of work and information the Committee has to deal with, they can appoint (prior authorization of the House) a special Commission Staff to aid the Committee on the Judiciary in deciding whether to begin or not with a formal impeachment procedure. If the House of Representatives considers that there are enough and sufficient grounds and elements in accordance with Article II, Section 4 to begin an impeachment procedure, it will give full power to the Committee in order to perform any relevant investigation. Investigatory tasks can include, and are not limited to: subpoenas, testimonies, interrogations, to any person involved, including the President if needed. After these investigations have taken place, the Committee decides if, after gathering all the information required, they can exercise the constitutional power of impeachment. In order to do this, members of the Committee must vote and submit the results to the House. In order to move towards a Senate trial, the House needs a simple majority vote so as to issue a Resolution to progressively advance to the next stage of the impeachment process. The House needs to appoint Members or delegates in order to act as prosecutors in the trial to be held in the Senate against the President[17]. After all these due procedure steps have taken place, the inquiry becomes a formal

constitution-transcript (accessed: 11/29/2019).

15 *Ibíd.*

16 United States House of Representatives. *The House Explained.* https://www.house.gov/the-house-explained (accessed: 11/29/2019).

17 Office of History, Art, and Archives of the House of Representatives. *Impeachment.* https://history.house.gov/Institution/Origins-Development/Impeachment/#:~:text=The%20Constitution%20gives%20the%20House,disqualified%20from%20holding%20future%20office (accessed: 11/29/2019).

case of impeachment against the President of the United States before all members of the Senate.

3.3. The Role of the Senate

The Senate is the second body that integrates the Congress of the United States after the House of Representatives. It is the organ in charge of holding the trial case against the President of the United States (and/or other government officers) after a simple majority of the House of Representatives votes in favor of moving on with the impeachment process. Curiously, not even half of the impeachment inquiries dealt and investigated under the House of Representatives faculties and competences, actually reach the trial phase at the Senate. In Presidential cases, only two have reached the Senate, both with an acquittal because they did not reach 2/3 of the votes.

As it was mentioned before, Article I, Section 3 dictates that "the Senate has the sole power to try all Impeachments". Additionally, that same article prescribes the following:

> When sitting for that Purpose, they shall be on Oath or Affirmation. When the President of the United States is tried, the Chief Justice shall preside: And no Person shall be convicted without the Concurrence of two thirds of the Members present.
> Judgment in Cases of Impeachment shall not extend further than to removal from Office, and disqualification to hold and enjoy any Office of honor, Trust or Profit under the United States: but the Party convicted shall nevertheless be liable and subject to Indictment, Trial, Judgment and Punishment, according to Law[18].

From the text, it is clear that the only authority that has the faculty to preside the trial against the President of the United States, is the Chief Justice; granting a more formal and significant tone to the entire process. Furthermore, Article III, Section 2 prescribes that in cases of impeachment, the trial shall not be by jury[19]; meaning that only members of the Senate can vote in order to make a decision; they are the ones that act as jurors. Additionally, it has to be noted that in order for the impeachment process to be fully legitimate, the trial held in the Senate needs at least 2/3 votes of Senators in order to convict, if not, an acquittal proceeds.

The process of impeachment in the United States Senate is slightly different from the one held in the House of Representatives. The reason is that in the Senate, an actual trial is conducted in order to determine if the President has to be convicted according to the Constitution or not. The trial develops

18 National Archives. *The Constitution of the United States: A Transcription,* 2019. https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript (accessed: 11/29/2019).
19 *Ibíd*.

normally with the Defense (integrated by the President and his legal team) and the Prosecution (integrated by the appointed members chosen at the first stage in the House of Representatives) giving statements, discharging evidence, examining and cross-examining witnesses. After the trial is over, the Senate needs to gather and vote for convicting or acquitting the President. An important fact in this point, is that the voting can be somehow predictable according to which party has the majority at the Senate: Republicans or Democrats. If the voting is less than 2/3 of members, the President will not be convicted and will remain in office for as long as his Presidential period lasts. On the other hand, if the voting equals or exceeds 2/3 of members, the President is convicted with impeachment according to the US Constitution, will be removed from office, and will acquire the obligation to somehow fulfill or compensate for the damages caused[20].

4. Concrete examples of impeachment against Presidents of the United States

4.1. The Case of Former President Andrew Johnson

In 1868 took place the first case that dealt with Presidential Impeachment in the United States. Former President Andrew Johnson got involved in an impeachment inquiry at the House of Representatives, which later on, moved to the Senate in order to determine a conviction or not. The allegations made against President Johnson were that he exceeded the power granted, and also, due to a lack of respect for Congress' prerogatives, rules, and decisions[21]. The Former President was charged using the Tenure of Office Cart, that overall, removed the President's authority to dismiss members of his cabinet[22]. After the trial concluded, President Johnson was acquitted because a sufficient number of members of the Senate believed that it was important to maintain a balance of powers and a secure office of the President[23]. This meant, that the members of the Senate did not reach 2/3 of the votes needed to convict the President.

4.2. The Case of Former President Richard Nixon

The year of 1974 was the second time in US history, that a President was under the spotlight in a possible case of impeachment. With President Nixon, it

20 Savage, Charlie. "How the Impeachment Process Works". *The New York Times,* 2019. https://www.nytimes.com/2019/09/24/us/politics/impeachment-trump-explained.html (accessed: 11/29/2019).

21 Committee on the Judiciary. *Report by the Staff of the Impeachment Inquiry on the Constitutional Grounds for Presidential Impeachment, Committee Print, Committee on the Judiciary,* 1974. https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-HPREC-DESCHLERS-V3/pdf/GPO-HPREC-DESCHLERS-V3-5-6.pdf (accessed: 11/29/2019).

22 *Ibíd.*

23 United States Senate. *The Impeachment of Andrew Johnson (1868) President of the United States.* https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Impeachment_Johnson.htm (accessed : 11/30/2019).

all began with the Watergate scandal that included evidence that the President and other administration officers had conspired in order to cover-up Nixon's involvement in several crimes and clear his path in order for re-election. Evidence against the President was abundant, and the House of Representatives decided to issue a Resolution to begin the impeachment inquiry and grant the Committee on the Judiciary to begin all formal and required investigations. Before the House moved to vote in order to begin an impeachment trial at the Senate, President Nixon resigned to his charge, and the impeachment process never moved forward[24].

4.3. The Case of Former President Bill Clinton

In relation to President Bill Clinton, the inquiry process of impeachment began due to his personal indiscretions regarding several women during his Presidential term. In a case regarding sexual harassment, President Clinton perjured himself in Court lying about his relationship with a woman. Aside from lying under oath, Clinton obstructed justice in order to cover-up his wrongful acts. Both actions, lying in court and obstructing justice, are crimes subject to initiate an inquiry of impeachment against a President. In fact, this is what actually happened, and in 1998, after discussing in the House of Representatives the House voted in favor of continuing the impeachment process in the Senate. As with the case of President Andrew Johnson, when the case reached the Senate and the trial concluded, members of the Senate fell short on convicting President Bill Clinton because they could not reach 2/3 of votes, necessary to convict a current President of the Nation for the actions prescribed in Article II, Section 4[25].

4.4. The Case of President Donald Trump

The fourth and latest case in US history involving an inquiry process to impeach a President, is with the current United States President: Donald Trump. His impeachment inquiry commenced after allegations of him pressuring Ukraine to spy on his political rivals (i.e. Joe Biden), in order to set the tone for re-election purposes. After those rumors started gaining force and more probative value, the House of Representatives decided to start an inquiry of impeachment against the President where they held a lot of private and public hearings in order to interrogate international and local political actors in this process[26]. After evidence was collected, by the final days of October 2019,

24 Farnsworth, Malcolm. *Watergate Info – Impeachment,* 2019. https://watergate.info/impeachment (accessed: 11/30/2019).

25 Bill of Rights Institute. *The Impeachment of Bill Clinton.* https://billofrightsinstitute.org/elessons/the-impeachment-of-bill-clinton/ (accessed: 11/30/2019).

26 Phillips, Amber. "What you need to know about the impeachment inquiry into Trump". *Washington Post,* 2020. 11/22/2019. https://www.washingtonpost.com/politics/2019/09/25/what-you-need-know-about-impeachment-inquiry-into-trump/ (accessed : 11/28/2019).

the House approved a Resolution in order to move to the next phase of the impeachment inquiry; mainly, gather more information from documents and from various witnesses. Later on, around November, the House announced its first public hearing after collecting a considerable amount of evidence in order to analyze the potential constitutional grounds for impeaching President Trump. Finally, in January 2020, the House of Representatives voted to send the case to the Senate; now, it was not an impeachment inquiry, it turned into an impeachment trial. After a few days of trial at the Senate, and blocking additional help of witnesses in order to decide, the Senate held a speedy trial to acquit President Trump from all charges[27].

For the third time in US history, an impeachment trial with apparently sufficient evidence, was blocked by the strongest political party in the Senate. Now that impeachment as a legal figure in the United States has been analyzed, both by looking at its definition and background, and by analyzing concrete examples of impeachment inquiries and Senate trials; it is now time to compare that legal figure with the Ecuadorian figure of removal from office or *muerte cruzada.*

5. The Figure of *Muerte Cruzada* in Ecuador

5.1. Legal Definition

As it was explained in previous paragraphs, the 2008 Ecuadorian Constitution introduced many political and legal changes in society. One of those major changes is the figure of *muerte cruzada.* Article 130 of the Ecuadorian Constitution prescribes:

> Article 130. The National Assembly shall be able to remove the President of the Republic from office in the following cases:
> 1. For having taken up duties that do not come under his/her competence, after a favorable ruling by the Constitutional Court.
> 2. For severe political crisis or internal unrest.
> Within seventy-two (72) hours, after concluding the procedure provided for by law, the National Assembly shall issue a ruling, with a statement of its reasons, on the basis evidence for his/her defense submitted by the President of the Republic. To proceed with the removal from office, the favorable vote of two thirds of the members of the National Assembly shall be required. If the motion to remove the President from office is adopted, the Vice-President shall take over the Office of the President of the Republic.
> This power can only be exercised once during the legislative period, during the first three years of office.

27 Janowski, Elizabeth. *Timeline: Trump impeachment inquiry,* 2019. https://www.nbcnews.com/politics/trump-impeachment-inquiry/timeline-trump-impeachment-inquiry-n1066691 (accessed: 20/02/2020).

> Within seven days at the most after publication of the ruling to remove the President from office, the National Electoral Council shall convene for a same date legislative and Presidential elections ahead of time for the rest of the respective terms of office. Installation of the National Assembly and the swearing in of the President-elect shall take place in accordance with the provisions of the Constitution, on the date set by the National Electoral Council[28].

The article briefly explains what is *muerte cruzada* or removal of the President by giving a notion of when it applies. Aside from doing this, the article explains the competence of both, the National Assembly and the Constitutional Court. However, a literal explanation or definition of the figure is not given.

If *muerte cruzada* is literally translated into English, it would not make a lot of sense because it joins two words that do not give a clear notion of what the legal figure is. However, in an attempt to give a translation, *muerte cruzada* in English would somewhat be a two-way or crossed death. Why a two-way/crossed death? Because if the National Assembly wants to remove the President of the Republic from office, the members of the National Assembly will also be removed after the National Electoral Council convenes for anticipated elections of both, the President, and members of the Assembly. In short, if the President leaves, the Assembly leaves as well. Additionally, it is a two-way death because not only the National Assembly can remove the President for the reasons described in the article; the President can also remove members of the Assembly for the reasons included in Article 148 of the Constitution[29].

Rafael Oyarte, a recognized constitutional legal expert in Ecuador, conceptualizes and analyzes the figure of *muerte cruzada,* or like he calls it, "plain and simple removal from office". Aside from defining the figure, he emphasizes that the ruling of the Constitutional Court is only mandatory when the National Assembly invokes arrogation of functions; in the case of political crisis or internal unrest, there is no need for a Court ruling. The jurist questions this suppression of prior Constitutional Court ruling because a political crisis or internal unrest is not necessarily related to any Presidential act or omission; creating an unfair environment in relation to the second case that allows a Presidential removal[30]. This lack of prior Constitutional Court ruling for internal crisis or political unrest is somehow suspicious because it is not uncommon for a President to initiate crisis in their countries. The following question arises: why is the President immune for a trial before the Constitutional Court in case of crisis? Maybe, it is a way of preventing the President to be directly responsible for certain acts committed during such period of crisis; making him free to do as he pleases during that period of unrest.

28 Political Database of the Americas – Georgetown University. *Constitution of the Republic of Ecuador,* 2011. http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html (accessed: 11/30/2019).

29 Free. Translation. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 148. Published in the Registro Oficial No. 449 on October 20, 2008.

30 Oyarte Martínez, Rafael Arturo. *Derecho Constitucional.* 2da.ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

In 2010, two years after the new Constitution was implemented, the Constitutional Court issued a ruling where they interpreted a few articles concerning the figure of *muerte cruzada,* including articles 130 and 148. In this ruling the Constitutional Court determined four major considerations or clarifications regarding the scope of articles 130 and 148:

> 1. When the National Electoral Council convenes for anticipated elections, those elections are for the remainder time the removed President still had before he was removed. Anticipated elections do not affect the right for re-election of the removed President.
> 2. If the President is removed, the Vice-President assumes the presidential role until the new President is elected.
> 3. The new elected President will remain in charge for the remainder time the removed. President had before being removed, it does not count as an entirely new presidential period.
> 4. The faculty to remove the President can only be exercised once during the first three years of Presidential period[31].

Furthermore, as depicted from Article 130, in the removal of the President of the Republic, both, the National Assembly and the Constitutional Court have important roles in allowing the removal. These involvements from different branches of government prove that *muerte cruzada* is a legal figure that attempts and pretends to have a clear notion of division of powers. Additionally, checks and balances is present throughout this process because with the legal control the National Assembly and the Constitutional Court (in some cases), there is somehow, a bigger guarantee of a lawful due process of removal of President or *muerte cruzada*.

5.2. The Role of the National Assembly (Congress)

Article 130 previously quoted, emphasized the role of the National Assembly as the branch of government legitimized to propose a removal or *muerte cruzada*. In order to remove the President, the National Assembly requires the votes of 2/3 of the total number of members that comprise the Assembly, independently of the case applied according to article 130[32]. This role has been questioned by many lawyers that believe that granting the Assembly the faculty of removing the President, is more according to a Parliamentary system rather than a Constitutional system like the Ecuadorian. A true and pure Constitutional system involves two fundamental aspects such as: The President has to be elected by the People and the Congress or Assembly cannot remove the President during his Presidential period. Clearly, the legal

31 Free Translation. Corte Constitucional Interpretative Ruling No. 002-10-SIC-CC, September 09, 2010.
32 Free Translation. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 130. Published in the Registro Oficial No. 449 on October 20, 2008.

figure of *muerte cruzada* created in the 2008 Constitution, challenges Article 1 that dictates that Ecuador is a Constitutional State that must oblige to the supreme legal norm. This challenge posed could turn undemocratic because it is not strictly following what the law says. Apparently, the Ecuadorian state, with the adoption of this figure, is slowly blending its pure Constitutional system with the features of a Parliamentary system[33].

5.3. The Role of the Constitutional Court

The Constitutional Court plays a fundamental role when the National Assembly wants to apply *muerte cruzada* or removal of the President when the first case of Article 130 wants to be invoked; this is arrogation of functions. In order to move forward with the process of removal, the Constitutional Court needs to dictate a favorable ruling with sufficient grounds using jurisprudence, the law, and a well-reasoned argument. The Court's ruling cannot include an analysis of whether the arrogation of functions was successfully proved. Its role is only related to establish that the facts mentioned by the National Assembly in its petition to remove actually correspond to an arrogation of functions[34].

6. Attempts to Apply *Muerte Cruzada* in Ecuador

In reality, *muerte cruzada* has never been applied in Ecuador; it has only existed as a theoretical figure yet to be implemented. Former President Rafael Correa, who mainly manufactured this whole idea of *muerte cruzada*, threatened to use this figure on several occasions between 2009 and 2013. This was mainly because he had constant ideas of potential boycotts against him because the National Assembly was not always alike with his proposals and legal projects. In 2017, Correa threatened to use this figure if the opposition won the elections[35]. Finally, just recently in October 2019, Correa's supporters that still hold an important political role in the actual government, threatened to use the figure of *muerte cruzada* against current President Lenin Moreno if he complied to the recommendations on the International Monetary Fund in order to decrease the economic crisis Ecuador lives in[36]. In short, this figure has never been applied, but since it has not been modified or eliminated from the current Constitution, it is still a viable and possible way to remove the President (and the National Assembly).

33 Banegas Cedillo, Mónica Eulalia. *La Muerte Cruzada en el nuevo texto constitucional: relaciones Ejecutivo-Legislativo.* Masters Degree Thesis. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2014.

34 Oyarte Martínez, Rafael Arturo. *Derecho Constitucional.* 2da.ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

35 CNN Español. *¿Qué es la "muerte cruzada" con la que amenaza Rafael Correa si gana Lasso?,* 2017. https://cnnespanol.cnn.com/2017/02/23/que-es-la-muerte-cruzada-con-la-que-amenaza-rafael-correa-si-gana-lasso/ (accessed: 04/04/2020).

36 "Correísmo buscaba salida de Lenín Moreno en dos frentes". *Diario El Universo*, 20 de octubre 2019. https://www.eluniverso.com/noticias/2019/10/20/nota/7566341/correismo-buscaba-salida-moreno-dos-frentes (accessed: 04/04/2020).

7. Comparative Chart: Similarities and Differences between *Muerte Cruzada* and Impeachment

MUERTE CRUZADA	IMPEACHMENT
Similarities	
· They were both created with the intention to prove that a mechanism of checks and balances exists in both countries. · Reflects division of powers. · Attempts to apply a legality control of public duties performed by public actors (especially presidents). · Has to undergo a thorough legislative process in order to move forward (in the National Assembly in the Ecuadorian case and both, the House of Representatives and Senate in the U.S case).	
Differences	
· Can be applied to remove members of the legislative branch of government (National Assembly) or the President.	· Can be applied to remove government officials in general, not only the President or members of the legislative branch of government.
· If the President's acts fall under any of the requisites for *muerte cruzada*, both, the President and the members of the National Assembly, have to leave office.	· Only the government official under suspicion can be removed from office.

8. Analysis of the Effectiveness of *Muerte Cruzada* in Ecuador

The legal figure of *muerte cruzada* has not been truly applied since its creation in 2008. Therefore, it is very hard to determine how effective it can be due to the fact that there is no factual evidence that can serve as a guide. Despite the lack of use of this legal figure, an attempt can be made in order to determine how useful it can be. Taking into consideration that *muerte cruzada* was a legal mechanism created mainly to get rid of certain political figures, its nature seems, from the beginning, non-ideal for checks and balances. A legal figure intended solely for the purpose of checks and balances, needs a different motive, different mechanisms, and a true applicability no matter the person or the case. Even if *muerte cruzada* is intended to serve as an effective tool for removing harmful political figures such as Presidents and members of the National Assembly, this has not been the case for Ecuador. During the past 12 years of political history since the creation of this figure, there have been many political actors that would have been ideal subjects for undergoing a process of *muerte cruzada.* The reason behind this assertion is that these

political figures were part of a series of events that were consistent with the grounds established in the Ecuadorian Constitution in order to apply *muerte cruzada*. However, despite this reality, none of these people were accused of perpetrating conducts aligned with the requisites for applying *muerte cruzada*. Therefore, if this were a true and honest figure of checks and balances and division of powers to punish people that harm the political and social system; the figure would have been applied long time ago.

9. Analysis of the Effectiveness of Impeachment in the United States

In the American case, the situation is very different from the Ecuadorian. Like it was previously mentioned, the US has had 4 cases of impeachment; but only 3 were truly analyzed, judged and reached the Senate. According to the evidence recovered from each case, the impeached presidents should have been removed from office. However, until now, this has not been the case because the majority of the members of the Senate, in almost every case, have been of the same political party as the President impeached. Even if impeachment is the figure by excellence of checks and balances and division of powers in the United States, the reality is that political affiliations and loyalties count more than truly controlling power. If an impeachment inquiry begins in the House of Representatives, it is because there is enough evidence in order to prove that the President has committed wrongful acts that configure grounds for impeachment and move the case to the Senate. Despite all that evidence, none of the 3 cases that have reached the Senate, have resulted into a removal of the President from office. This can be dangerous and irresponsible because it gives the wrong message to society. First, it tells people that Presidents are immune to wrongful acts, and second, it gives the notion that lying, or deceiving is something acceptable. More importantly, it de-emphasizes the importance of impeachment as a useful political mechanism and tool to control the government[37].

10. Conclusions

After thoroughly analyzing the legal systems under which the figures of impeachment and *muerte cruzada* are developed, it is highly interesting to see how they are alike despite the fact that they both come from two completely different legal systems (common and civil law). Impeachment is a figure that has been in the American legal system for almost 200 years; *muerte cruzada* has only been present in the Ecuadorian Constitution for 11 years. Despite that overwhelming difference in the amount of years applied, they both seek

37 Harrington, Clodagh. *Did Donald Trump's impeachment kill impeachment?* 2020. https://nationalinterest.org/blog/buzz/did-donald-trumps-impeachment-kill-impeachment-124571 (accessed: 02/20/2020).

pretty much the same thing: performing a procedure of checks and balances against presidents that are negligent in their actions and duties. In order to do this, both systems have somehow applied division of powers in order to assure that the removal of a President from office follows a due process and complete legitimacy.

One of the tasks of the article was to show that despite the enormous differences between both systems, not only in political and legal terms, two different countries can have the same goals and objectives in pro of democracy and the welfare of its citizens. However, despite the noble and well-intentioned goals of both of these figures, after a thorough analysis, democracy and welfare have not been enough reasons to apply these mechanisms. In the case of Ecuador, a question appears: was there a hidden agenda underlying the creation of *muerte cruzada*? The doubt arises because the reason behind introducing this new legal figure is deceiving in its nature due to the fact that, until now, the frustrated attempts to apply it, have been merely as a rhetorical tool. The political party keen to socialist ideas, has tried to use the figure of *muerte cruzada* not as a tool for checks and balances, but as a tool for manipulating the political, economic and social systems of the country. Now that Ecuador has a new government with different ideals, *muerte cruzada,* could actually stand a chance and be used to ensure an effective system of checks and balances and division of powers. In the case of US, on the other hand, impeachment has been applied over the centuries, but has failed to convict presidents that, according to abundant evidence, have committed wrongful acts against the stability of the country.

By studying common and civil law in the beginning, the attempt was to prove that both countries do actually have different legal systems and rules to live and act under. Later on, when analyzing both Constitutions and its history, further differences appeared, reaffirming the thought that the US and Ecuadorian systems are bluntly apart. When impeachment and *muerte cruzada* were thoroughly analyzed, the similarities appeared, and they were abundant; not only in terms of their definition and intentions, but also when it comes to the failure both have had when trying to fully apply those figures.

Going back to the main question and task of the article, anticipated in the introduction, both impeachment and *muerte cruzada* have not truly worked in pro of democracy and political stability because they have failed to convict presidents that have harmed both nations. In the end, this means that, until now, they have worked as rhetorical tools that do indeed satisfy the interests of those that have more power in the political sphere. Therefore, neither impeachment, nor *muerte cruzada,* have been effective mechanisms of checks and balances and division of powers in order to ensure legitimate democracies. This is not because there is something wrong with either of these legal

figures, but because history and research have shown that the authorities that wanted to apply them, did not have noble intentions and motives to do so.

Despite this negative reality concerning both legal figures, if applied correctly, without hidden agendas, and in pro of democracy and its citizens, they can turn out really beneficial for several reasons. First, they remove unwanted political actors from the political sphere; second, they create a public scrutiny against negligent presidents; and finally because they dissuade current and future presidents and other government officials from committing neglectful and illegitimate acts that cause harm not only to themselves and their public image, but also to an entire country. As a concluding note, it is necessary to mention that political tools or mechanisms need to exist and be effective in order to enhance and reinforce values of honesty, democracy and rule of law in every sphere of a country. In that way, by having upfront governments and politics, countries will work much better and society will grow as a whole.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La acción de nulidad en el derecho comunitario andino como un proceso contencioso administrativo

The Nullity Action in Andean Law as a Judicial Review of Administrative Action

Hugo Ramiro Gómez Apac*
Karla Margot Rodríguez Noblejas**

Recibido / Received: 1/03/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1738

Citación:
Gómez Apac, H. R., y K. M. Rodríguez Noblejas. «La acción de nulidad en el derecho comunitario andino como un proceso contencioso administrativo». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 307-334, doi:10.18272/ulr.v7i1.1738.

* Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), Magistrado Principal por la República del Perú, Quito 170504, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: hugo.gomez@tribunalandino.org; hugo_gomez_apac@yahoo.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-0088-9666

** Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), Abogada Asesora de la Magistratura de la República del Perú, Quito 170504, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: karla.rodriguez@tribunalandino.org; k.rodriguez.noblejas@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-4106-8023

Cualquier opinión vertida en el presente artículo es de carácter personal y de exclusiva responsabilidad de los autores, no comprometiendo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Los autores agradecen la revisión académica realizada al presente artículo por Juan Pablo Aguilar Andrade y Ricardo Velasco Cuesta.

Resumen

El presente artículo tiene por finalidad demostrar, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que el control de legalidad contenido en la acción de nulidad del derecho andino se asemeja a un proceso contencioso administrativo cuando el acto comunitario impugnado es un acto administrativo. Con ese propósito, explica la diferencia entre un proceso contencioso administrativo de tipo objetivo (control de legalidad) de uno de tipo subjetivo (que, además del control de legalidad, busca la protección efectiva del derecho o interés vulnerado), para luego mencionar la evolución jurisprudencial de dicha corte internacional en el sentido de que primero aceptó que determinadas resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina son actos administrativos, luego que el referido control de legalidad es equivalente a un proceso contencioso administrativo de tipo objetivo y, finalmente, que dicho control tiene rasgos iniciales de un proceso contencioso administrativo de tipo subjetivo.

Palabras Clave

Proceso contencioso administrativo; acto administrativo; derecho comunitario andino; acción de nulidad; control de legalidad

Abstract

The purpose of this article is to demonstrate, in the light of the jurisprudence of the Court of Justice of the Andean Community, that the control of legality contained in the annulment action of Andean law resembles a judicial review of administrative action when the contested community act is an administrative act. With that purpose, it explains the difference between a judicial review of administrative action of objective nature (legality control) from a subjective one (which, in addition to the control of legality, seeks the effective protection of the violated right or interest), to then mention the jurisprudential evolution of said international court in the sense that it first accepted that certain resolutions of the General Secretariat of the Andean Community are administrative acts, after the aforementioned legality control is equivalent to a judicial review of administrative action of objective nature and, finally, that said control has initial features of a subjective judicial review of administrative actions.

Keywords

Judicial review of administrative actions; administrative act; Andean community law; nullity action; review of legality

1. Introducción

Con más de medio siglo de funcionamiento[1], la Comunidad Andina es el proceso de integración económica y social más exitoso de Sudamérica, el cual tiene por finalidad el desarrollo armónico y equitativo de sus países miembros que actualmente son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú[2]. Su órgano jurisdiccional, de carácter supranacional, es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante Tribunal o TJCA), la tercera corte internacional más activa del mundo[3], que tiene como misión declarar *(«dictio»)* el derecho andino *(«juris»)* y asegurar su interpretación y aplicación uniforme en los países miembros. Entre sus competencias jurisdiccionales se encuentra la acción de nulidad.

Es objeto del presente artículo explicar que la acción de nulidad, en tanto mecanismo procesal de control de legalidad (o control de juridicidad) de los actos comunitarios (las normas emitidas por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración), se despliega en dos manifestaciones dependiendo de si el acto comunitario impugnado tiene efectos generales o solo efectos particulares. En este segundo caso, en que el acto comunitario demandado vía acción de nulidad es un acto administrativo, el control de legalidad que realiza el Tribunal es similar al control jurídico que realizan los jueces en un proceso contencioso administrativo en el que se ha demandado la nulidad de un acto administrativo que, como se sabe, es la actuación por excelencia de la administración pública.

En ese sentido, el Tribunal evalúa en el proceso judicial de acción de nulidad si el acto administrativo comunitario materia de cuestionamiento es válido o no, y en el supuesto de que aprecie que está viciado por uno o más supuestos de invalidez, procede a declarar su nulidad, la que puede ser total o parcial.

2. El proceso contencioso administrativo

Para entender con mayor claridad que la acción de nulidad comunitaria reviste el carácter de un proceso contencioso administrativo cuando el acto comunitario demandado es un acto administrativo, por lo general una resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante SGCA[4]), resulta pertinente abordar sucintamente la figura del proceso contencioso administrativo.

1 Nació el 26 de mayo de 1969 con la suscripción del Acuerdo de Cartagena (inicialmente llamado Acuerdo de Integración Subregional Andino).

2 Chile se retiró en 1976. Venezuela ingresó en 1973 y se retiró el 2006.

3 Alter, Karen J. y Helfer, Laurence R. *Transplanting International Courts – The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 8.

4 La SGCA es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina. Su predecesora, también con competencias ejecutivas, fue la Junta del Acuerdo de Cartagena.

Un estado constitucional de derecho se caracteriza por una clara división del ejercicio de los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y la existencia de controles y equilibrios (*checks and balances*) entre tales poderes, de pesos y contrapesos en el ejercicio del poder. Uno de estos controles o contrapesos es el control jurisdiccional de la actividad administrativa[5], precisamente aquella que tiene la mayor capacidad de afectar negativamente los derechos e intereses de los ciudadanos a través de prohibiciones, sanciones, confiscaciones, incautaciones, etc. El proceso contencioso administrativo es el mecanismo procesal por virtud del cual el Poder Judicial controla la actuación administrativa. Como afirma Miguel Sánchez Morón el control jurisdiccional de la actividad administrativa es el instrumento más efectivo para garantizar el sometimiento de la administración pública al derecho y, más en concreto, para la defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que pueden ser menoscabados, afectados o perjudicados por una actuación administrativa ilegal[6].

Desde la creación del Consejo de Estado francés por obra de Napoleón Bonaparte en 1799 hasta la actualidad, el proceso contencioso administrativo ha evolucionado tanto en lo relativo a su sistema de organización («en manos de quién está») como su naturaleza («de qué trata el proceso»). En lo relativo al aspecto organizacional u orgánico se ha pasado del modelo inicial de «jurisdicción retenida» del Consejo de Estado francés al modelo judicial (especializado) en el que un órgano del Poder Judicial realiza el control jurisdiccional de la actividad administrativa[7]. Este último modelo es el que existe en Perú y Ecuador.

En lo concerniente a la evolución de la naturaleza del proceso contencioso administrativo (entendiendo por naturaleza lo que es objeto del proceso, es decir las actuaciones impugnables y el alcance de las sentencias), ella presenta matices y modulaciones cuya explicación en detalle excedería los propósitos del presente trabajo, por lo que, si se quiere arbitrariamente, resumiremos dicha evolución en dos grandes modelos, el *objetivo*, que por muchos años fue la concepción clásica de dicho proceso, y el *subjetivo*, que representa la concepción moderna del contencioso administrativo. Los dos modelos se explican a continuación[8].

5 La función o actividad administrativa es realizada principal, pero no únicamente, por el Poder Ejecutivo.

6 *Cfr.* Sánchez Morón, Miguel. *Derecho Administrativo –Parte General.* 13ª Ed. Madrid-Tecnos, 2017, p. 876.

7 *Derecho Administrativo (Concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa y justicia administrativa)* Volumen I. 11ª Ed.Madrid – Tecnos 1995, pp. 274-279 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón *Curso de Derecho Administrativo.* Tomo II. Lima-Bogotá; Palestra-Temis, 2006, pp. 1504-1511; Cosculluela Montaner, Luis. *Manual de Derecho Administrativo.* Respecto de la evolución histórica de los sistemas de organización del proceso contencioso administrativo se recomienda *vid*. Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo- Parte General.* 21ª Ed. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 482-485; Parada Vásquez, Ramón. *Derecho Administrativo I-Parte General* 18ª Ed.Madrid- Barcelona-Buenos Aires; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2010, pp. 629-632; Esteve Pardo, José. *Lecciones de Derecho Administrativo.* Madrid- Barcelona- Buenos Aires. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2011, pp. 250-254; y Sánchez Morón, Miguel *Derecho Administrativo- Parte General. Óp. cit.,* pp. 877-880.

8 Respecto de la diferencia entre el modelo objetivo *vid.* García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.* pp. 1527-1535 y 1574-1576; Huapaya Tapia, Ramón Alberto. *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo.* Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2006, pp. 261-278; Ramón Parada Vásquez. *Derecho Administrativo I – Parte General. Óp. cit.* pp. 632-635; y Sánchez Morón, Miguel *Derecho Administrativo- Parte General. Óp. cit.,* pp. 890-892.

2.1. El proceso contencioso administrativo de tipo objetivo

Se trata de un recurso de mera anulación. La demanda se fundamenta únicamente en la ilegalidad del acto recurrido. El control que realiza el juez es simplemente de legalidad (o de validez) del acto impugnado. Si la sentencia es absolutoria, el juez declara la legalidad del acto objeto de demanda. Si el juez verifica la invalidez del acto impugnado, es decir, constata que está afectado por algún vicio de invalidez como la falta de competencia, un vicio de forma (falta de motivación, incumplimiento de alguna exigencia procedimental), la desviación de poder o la infracción a la ley, sanciona la nulidad del acto con efecto retroactivo, lo que significa que el asunto regresa a la autoridad administrativa que emitió el acto anulado para que vuelva a pronunciarse, de ser el caso. La sentencia es meramente declarativa. La declaración de nulidad puede ser total o parcial. Al anular el acto, el juez busca el restablecimiento de la legalidad objetiva. Dado que este modelo tiene solo un «carácter revisor», el acto impugnable solo puede ser un acto o reglamento administrativo previamente emitido. No es posible impugnar la inactividad ni las actuaciones materiales (constitutivas de vías de hecho) que no se sustentan en un acto administrativo. Tampoco es posible cuestionar asuntos que no fueron planteados en la vía administrativa. Este modelo funciona como un recurso de casación, por lo que el juez actúa como un juez de tal fuero.

Veamos el siguiente ejemplo. Asumamos que Ticio solicita a una municipalidad el otorgamiento de licencia de funcionamiento para operar un establecimiento comercial. La municipalidad, mediante una resolución carente de motivación, deniega su solicitud. Ticio demanda en la vía contencioso administrativa la nulidad de dicha resolución por falta de motivación. Si el proceso contencioso administrativo fuera de tipo objetivo, el juez se limitaría a declarar la nulidad de la resolución municipal por padecer de un vicio de forma (la falta de motivación). El asunto regresaría a la municipalidad para que emita un nuevo pronunciamiento.

2.2. El proceso contencioso administrativo de tipo subjetivo

Llamado también de «plena jurisdicción». En este modelo, además de la anulación del acto, el juez puede reconocer o restablecer el derecho o interés legítimo desconocido o vulnerado del particular demandante y, adicionalmente, ordenar a la administración pública la realización de una determinada prestación de dar, hacer o no hacer a favor de dicho particular, la que puede consistir en la indemnización por los daños y perjuicios sufridos. En palabras de Mi-

guel Sánchez Morón, en un proceso contencioso de plena jurisdicción, junto a la anulación del acto recurrido, es posible pretender el "restablecimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios"[9]. Esta clase de proceso contencioso administrativo no solo permite cuestionar la ilegalidad de acto impugnado, sino también solicitar como pretensión la tutela de un derecho o interés legítimo con el propósito de que el juez ordene el reconocimiento o restablecimiento de dicho derecho o interés. Se amplía el abanico de actuaciones impugnables, de modo que además de los actos y reglamentos administrativos se puede demandar la inactividad y las actuaciones materiales que no se encuentran amparadas en un acto administrativo previamente emitido. Como dice Ramón Huapaya Tapia, el juez del contencioso administrativo ya no es un mero "juez de casación" sino un "juez de plena jurisdicción"[10]. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, alabando al proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, señalan que "[e]sta 'subjetivización' completa de la justicia administrativa ha sido el cambio más espectacular de ésta desde su judicialización […]"[11].

Regresemos al ejemplo de Ticio, quien había solicitado a la municipalidad el otorgamiento de licencia de funcionamiento para operar su establecimiento comercial. La municipalidad, mediante una resolución carente de motivación, deniega la solicitud. Ticio presenta demanda contencioso administrativa con las siguientes pretensiones: (i) la declaración de nulidad de la resolución municipal por falta de motivación; y, (ii) que el juez ordene a la municipalidad que le otorgue la licencia pues cumple con los requisitos para ello. Si el proceso contencioso administrativo fuera de plena jurisdicción, el juez declararía la nulidad de la resolución municipal por padecer del vicio de forma (la falta de motivación) y, adicionalmente, se pronunciaría sobre la segunda pretensión del demandante. Si con las pruebas que obran en el expediente, el juez constatara que Ticio cumple los requisitos legales para obtener una licencia de funcionamiento, ordenaría a la municipalidad que dentro de un determinado plazo cumpla con otorgar al demandante el derecho solicitado.

2.3. El proceso contencioso administrativo de tipo objetivo y de tipo subjetivo en la legislación peruana y ecuatoriana

Es importante precisar que el segundo modelo incluye al primero. El contencioso administrativo de tipo objetivo es únicamente de anulación objetiva.

9 Haciendo referencia a la ley de la jurisdicción Contencioso Administrativa española del 27 de diciembre de 1956, *vid.* Sánchez Morón, Miguel. *Derecho Administrativo – Parte General. Óp. cit.*, p. 891.
10 Huapaya Tapia, Ramón Alberto. *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo. Óp. cit.*, p. 277.
11 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.,* p. 1576.

El contencioso administrativo de tipo subjetivo es de anulación subjetiva y, además, conducente a amparar un derecho subjetivo o interés legítimo del accionante. En consecuencia, si afirmamos que un país tiene un proceso contencioso de plena jurisdicción estamos diciendo que a través de él se puede demandar tanto la anulación objetiva de un acto administrativo como el reconocimiento o restablecimiento de un derecho subjetivo o interés legítimo. Y esto es así porque el contencioso siempre servirá para la anulación objetiva del acto demandado. La diferencia está en que el de plena jurisdicción, además de tener, como no puede ser de otra manera, la pretensión de anulación objetiva, incorpora en su seno la pretensión de tutela efectiva de un derecho o interés del accionante.

En Perú, el proceso contencioso administrativo es de plena jurisdicción[12]. Conforme lo establece el artículo 5 de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo del 2001[13], en este proceso pueden plantearse las pretensiones siguientes: (i) la declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos; (ii) el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines; (iii) la declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo; (iv) se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme; y, (v) la indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnable, conforme al artículo 238 de la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores.

La vía para impugnar los reglamentos administrativos (por inconstitucionales o ilegales) es la acción popular, conforme lo establece el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú de 1993[14], así como el Título VII de la Ley No. 28237 – Código Procesal Constitucional de 2004[15].

En Ecuador[16], el proceso contencioso administrativo también es de plena jurisdicción[17]. El artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) del año 2015[18] establece que:

---

12 Es decir, de anulación objetiva más el reconocimiento o restablecimiento de un derecho subjetivo o interés legítimo.

13 Texto Único Ordenado de la Ley No. 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo No. 011-2019-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de mayo de 2019 .

14 Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 200, numeral 5. Vigencia a partir de 31 de diciembre de 1993.

15 Ley No. 28327, Código Procesal Constitucional de 2004, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 31 de mayo de 2004.

16 Los tribunales de lo contencioso administrativo fueron creados por el artículo 213 de la Constitución Política de 1967. Un año después, mediante el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del 18 de marzo de 1968 se dispuso que el recurso contencioso-administrativo era de dos clases: (i) de plena jurisdicción o subjetivo; y, (ii) de anulación u objetivo. Esta clasificación se ha mantenido en las posteriores reformas normativas y también en el actual Código Orgánico General de Procesos (COGEP) vigente desde el año 2016.

17 Es decir, de anulación objetiva más el reconocimiento o restablecimiento de un derecho subjetivo o interés legítimo.

18 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 236. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

> […] Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones:
> 1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos.
> 2. La de anulación objetiva o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y que puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.
> 3. La de lesividad que pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público.
> 4. Las especiales de:
>   a. El silencio administrativo.
>   b. El pago por consignación cuando el consignador o el consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República.
>   c. La responsabilidad objetiva del Estado.
>   d. La nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado conforme con la ley.
>   e. Las controversias en materia de contratación pública.
>   f. Las demás que señale la ley[19].

Es importante precisar que en el contencioso administrativo ecuatoriano se puede demandar la anulación objetiva no solo de actos administrativos, sino también de reglamentos (por ejemplo, un decreto ejecutivo que reglamenta una ley)[20]. La pretensión de anulación objetiva contra un reglamento administrativo se basará en la ilegalidad de este, es decir, en su violación de una norma con rango de ley.

---

19 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 326 del COGEP, la acción contencioso-administrativa de anulación objetiva o por exceso de poder tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva y puede proponerse por quien tenga interés directo (aunque no tenga una afectación subjetiva directa) para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado (que puede ser un acto o un reglamento administrativo) por adolecer de un vicio legal. Se puede interponer hasta dentro de 3 años (contados a partir del día siguiente a la fecha de expedición del acto que se impugna). Por su naturaleza, la sentencia que se dicte en este tipo de procesos tendrá efectos *erga omnes*.
Respecto del recurso de plena jurisdicción o subjetivo, el referido artículo ampara el derecho subjetivo, negado, desconocido o no reconocido por actos administrativos que producen efectos jurídicos directos. El recurso se debe interponer dentro de 90 días contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notificó el acto impugnado. La sentencia solo produce efectos *inter partes*.

20 El artículo 326 del COGEP debe ser concordado (interpretación sistemática) con el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 9 de marzo de 2009, el cual establece que los jueces que integran las salas de lo contencioso administrativo son competentes, entre otros, para:
a. Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieren carácter tributario.
b. Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad.
c. Conocer y resolver las impugnaciones que se propusieren en contra de los reglamentos, resoluciones y más actos normativos de rango inferior a la ley, en materia no tributaria, provenientes de las instituciones del Estado que integran el sector público.

Si lo que se alega es la inconstitucionalidad del reglamento, la vía procesal es otra, la acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, de conformidad con lo establecido en los numerales 2, 4 y 5 del artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador (2008)[21, 22] y el artículo 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional[23, 24].

3. El ordenamiento jurídico comunitario andino

El artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA[25] establece que el ordenamiento jurídico comunitario andino está compuesto por el Acuerdo de Cartagena (y sus protocolos e instrumentos adicionales), dicho Tratado (y sus protocolos modificatorios), las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (en adelante CAMRE) y de la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante Comisión), las resoluciones de la SGCA y los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración regional andina (en adelante Convenios).

El artículo 2 del Estatuto del TJCA[26] señala:

> El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por normas fundamentales o de derecho primario y por normas derivadas o de derecho secundario. Las normas de derecho primario están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los Países Miembros en materia de integración comunitaria andina así como por sus protocolos adicionales y modificatorios. Las normas de derecho secundario o derivado están constituidas por las Decisiones del […CAMRE…] y de la Comisión, por las Resoluciones de la [SGCA, y por los Convenios…].

21 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

22 Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:
[…] 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.
[…] 4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.
5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.

23 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

24 Art. 98.- Regla general.- La acción pública de inconstitucionalidad podrá ser propuesta por cualquier persona. La Corte Constitucional conocerá sobre las acciones de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales, de conformidad con las normas establecidas en el capítulo anterior.

25 Codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 483 del 17 de setiembre de 1999.

26 Aprobado por la Decisión 500 del CAMRE, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 680 del 28 de junio de 2001.

Las fuentes típicas del ordenamiento andino son las listadas en el artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA. Las fuentes atípicas[27] son el Tratado de Creación del Parlamento Andino, las Directrices del Consejo Presidencial Andino, los Convenios Sede entre los países miembros y las instituciones del Sistema Andino de Integración (en adelante SAI), el Reglamento del Parlamento Andino, entre otros.

Podemos efectuar la siguiente clasificación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino:

1. **Fuentes de derecho primario (normas fundamentales o constitucionales)**:

    1.1. Fuentes típicas: el Acuerdo de Cartagena y sus protocolos e instrumentos adicionales, y el Tratado de Creación del TJCA y sus protocolos modificatorios.

    1.2. Fuente atípica: el Tratado de Creación del Parlamento Andino y sus protocolos modificatorios.

    Todas las normas de derecho primario tienen efectos generales.

2. **Fuentes de derecho secundario (o normas de derecho derivado):**

    2.1. Fuentes típicas: las Decisiones del CAMRE y la Comisión, las resoluciones de la SGCA y los Convenios.

    Las Decisiones del CAMRE y la Comisión tienen rango de ley. Son las leyes andinas, o las leyes comunitarias. Tienen efectos generales.

    Las resoluciones de la SGCA son de dos tipos: (i) las que constituyen reglamentos administrativos (que tienen efectos generales); y (ii) las que tienen naturaleza de acto administrativo (que tienen efectos particulares).

    2.2. Fuentes atípicas: las Directrices del Consejo Presidencial Andino, los Convenios Sede entre los países miembros y las instituciones del SAI, el Reglamento del Parlamento Andino, entre otros.

27 Conforme a lo desarrollado por el TJCA en el Auto de Admisión de fecha 27 de setiembre de 2017 emitido en el marco de Proceso 03-AN-2017.
Se tuvo acceso al referido Auto de Admisión siguiendo las pautas establecidas en la Nota informativa que promueve la transparencia y acceso al contenido de las deliberaciones, decisiones jurisdiccionales e información pública del TJCA (Acuerdo 09/2017 del TJCA), cuyo texto se encuentra publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3146 del 29 de noviembre de 2017.

4. La acción de nulidad

La acción de nulidad es el instrumento procesal comunitario que permite controlar la legalidad de la actuación de los órganos comunitarios y tiene por objeto garantizar el principio de jerarquía normativa, la defensa de la legalidad y la tutela del ordenamiento jurídico andino[28].

De conformidad con lo establecido en los artículos 17 del Tratado de Creación del TJCA y 101 de su Estatuto, los actos comunitarios impugnables son las Decisiones (del CAMRE y de la Comisión), las resoluciones de la SGCA (actos y reglamentos administrativos) y los Convenios violatorios del ordenamiento jurídico comunitario andino, incluso por desviación de poder. Adicionalmente, y en atención a la jurisprudencia del TJCA, también son objeto de la acción de nulidad los actos comunitarios atípicos con fuerza vinculante[29].

Como se puede advertir, son objeto de la acción de nulidad las normas derivadas o de derecho secundario. No lo son las normas fundamentales o de derecho primario. El TJCA solo tiene competencia para analizar vía acción de nulidad la validez de normas derivadas o de derecho secundario.

Los legitimados para incoar la acción de nulidad son los países miembros (que no votaron a favor de la aprobación de la Decisión o Convenio de que se trate), el CAMRE, la Comisión, la SGCA y las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos o intereses legítimos[30].

La afectación a un derecho subjetivo o interés legítimo constituye un requisito de admisibilidad de la demanda presentada por personas naturales o jurídicas[31]. En reciente jurisprudencia el TJCA ha sostenido que los actos de mero trámite (por ejemplo, el inicio de un procedimiento de investigación de conductas anticompetitivas) no afectan un derecho subjetivo o interés legítimo debido a que por su naturaleza no causan indefensión ni prejuzgan el fondo del asunto[32]. Asimismo, ha sostenido que las resoluciones de la SGCA con

28 Respecto de la acción de nulidad se recomienda, *vid*. Vigil Toledo, Ricardo. *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*. 1ª Ed. Lima: Thomson Reuters, 2011, pp. 86-98; Quindimil López, Jorge Antonio. *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 371-390; Novak Talavera, Fabián. *La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico*, pp. 79-87. En AA.VV, *Derecho Comunitario Andino*, Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 57-100; Gómez Apac, Hugo R. y Sauñe Torres, Amparo. "La Acción de Nulidad ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura* 17 (2016), pp. 383-411; y, Gómez Apac, Hugo R. y Rodríguez Noblejas, Karla Margot. *Capítulo III – El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, pp. 88-104. En Gómez Apac, Hugo R. *Apuntes de Derecho Comunitario Andino.* Quito: Editorial San Gregorio S.A., 2019, pp. 79-128.

29 De conformidad con la interpretación extensiva del Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA efectuada por dicho órgano comunitario mediante Auto de Admisión de fecha 27 de setiembre de 2017 emitido en el marco de Proceso 03-AN-2017. Se tuvo acceso al referido Auto siguiendo las pautas establecidas en el Acuerdo 09/2017 del TJCA.

30 Tratado de Creación del TJCA. Artículos 17, 18 y 19; Estatuto del TJCA. Artículo 102.

31 Estatuto del TJCA. Artículo 48 literal b).

32 Auto de fecha 27 de setiembre de 2017 emitido en el marco de Proceso 02-AN-2017 mediante el cual se rechazó por improcedente la demanda presentada contra unas Resoluciones de la SGCA. Dicho razonamiento también fue seguido en el Auto de fecha 25 de setiembre de 2018 emitido en el marco del Proceso 03-AN-2018 mediante el cual se rechazó por

efectos jurídicos suspendidos por una resolución posterior tampoco afectan un derecho subjetivo ni un interés legítimo[33].

De las 78 demandas de acción de nulidad interpuestas ante el TJCA hasta la fecha, treinta han sido presentadas por personas jurídicas, quince por Perú, doce por Colombia, diez por personas naturales, cinco por Ecuador, dos por Venezuela[34], dos por la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador, una por Bolivia y una por la Junta del Acuerdo de Cartagena (en adelante Junta[35])[36]. Más de la mitad de las acciones de nulidad ha sido presentada por personas naturales o jurídicas, lo que revela la importancia de este instrumento procesal para la protección de los derechos e intereses legítimos de los particulares.

La acción de nulidad debe ser intentada ante el TJCA dentro de los 2 años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la norma de que se trate. Si transcurrieron los 2 años, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces o tribunales nacionales la inaplicabilidad de la referida norma al caso concreto (excepción de inaplicación). El juez nacional consultará acerca de la legalidad de la norma al TJCA y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia judicial correspondiente, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia del juez nacional[37].

Si bien la interposición de la acción de nulidad no afecta la eficacia o vigencia de la norma o acto impugnado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 del Tratado de Creación del TJCA y 105 de su Estatuto, así como la jurisprudencia del Tribunal[38], este puede ordenar excepcionalmente —a petición de la parte demandante— la suspensión provisional de la ejecución de la norma acusada de nulidad[39]. Toda solicitud de suspensión debe ser requerida y sustentada de modo expreso en la demanda, así como fundamentada, si se tratara de una disposición comunitaria de contenido general, en una manifiesta violación de una norma de superior jerarquía. En lo concerniente a la suspensión de una norma de contenido particular, adicionalmente a lo anterior, el demandante deberá presentar las pruebas que demuestren los perjuicios irreparables o de difícil reparación alegados.

---

improcedente la demanda presentada contra una Resolución de la SGCA. Se tuvo acceso a los referidos Autos siguiendo las pautas establecidas en el Acuerdo 09/2017 del TJCA.

33 Autos de fechas 19 de octubre y 7 de noviembre de 2018 emitidos en el marco de los Procesos 04 y 05-AN-2018, respectivamente, publicados en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena números 3412 del 25 de octubre de 2018 y 3436 del 9 de noviembre de 2018, correspondientemente.

34 Se incorporó el 13 de febrero de 1973 a la Comunidad Andina y se retiró el 22 de abril de 2006.

35 La antecesora de la SGCA.

36 Durante el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1984 y el 21 de febrero de 2020.

37 Tratado de Creación del TJCA. Artículo 20; Estatuto del TJCA. Artículos 103.

38 Interpretación Prejudicial No. 035-IP-2014 de fecha 10 de setiembre de 2014, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2420 del 28 de noviembre de 2014; y, Auto de fecha 21 de enero de 2015 emitido en el marco del Proceso 01-AN-2014 mediante el cual se denegó la solicitud de suspensión provisional de la ejecución de resoluciones de la SGCA. Se tuvo acceso al referido Auto siguiendo las pautas establecidas en el Acuerdo 09/2017 del TJCA.

39 Previa caución o fianza si lo estima conveniente. El afianzamiento podrá consistir en caución, garantía de compañía de seguros o aval bancario (artículo 105 del Estatuto de TJCA).

La suspensión provisional de la ejecución de la norma impugnada constituye lo que se conoce como una medida cautelar. En ese sentido, en términos generales, ante la referida solicitud el TJCA analiza: (i) la verosimilitud del derecho invocado; (ii) el peligro en la demora; y, (iii) los perjuicios irreparables o de difícil reparación que causa o pudiere causar al demandante la ejecución de la norma demandada, cuando corresponda. Se entiende que estos presupuestos son concurrentes, de modo que basta que no se cumpla uno de ellos para que se declare infundada la solicitud de medida cautelar solicitada por el demandante.

Cuando el Tribunal declare la nulidad (total o parcial) de una norma señalará en su sentencia los efectos en el tiempo de esta.

> Ningún acto anulado o suspendido por el Tribunal podrá ser reproducido por quien lo dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación declarada[40].

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Tratado de Creación del TJCA, el órgano o institución de la Comunidad Andina cuyo acto haya sido anulado deberá adoptar las medidas correspondientes para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia.

5. La modulación del control de legalidad en atención a los efectos jurídicos del acto comunitario cuestionado

Los actos comunitarios objeto de la acción de nulidad pueden dividirse en función de sus efectos en actos de efectos generales y actos de contenido particular.

Los actos comunitarios de efectos generales son las Decisiones de la Comisión y del CAMRE, como por ejemplo la Decisión 571 de la Comisión denominada «Valor en Aduana de las Mercancías Importadas», y las resoluciones de la SGCA que constituyen reglamentos administrativos, como por ejemplo la Resolución 1684 de la SGCA denominada «Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 – Valor en Aduana de las Mercancías Importadas».

Los actos comunitarios de efectos particulares son, por lo general, las resoluciones de la SGCA que tienen la condición de actos administrativos, como por ejemplo la Resolución 1719 de la SGCA que declaró que las mercancías clasificadas en la subpartida 6401.92.00 elaboradas en Ecuador por la empresa

40 Estatuto del TJCA. Artículo 106; Tratado de Creación del TJCA. Artículo 20.

Plasticaucho Industrial S.A. y exportadas al Perú cumplen con las normas de origen establecidas en la Decisión 416 de la Comisión denominada «Normas Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías».

En reciente y reiterada jurisprudencia, el TJCA ha explicado la modulación del control de legalidad en atención a los efectos jurídicos del acto cuestionado. Si tiene efectos jurídicos generales el control de legalidad privilegia el carácter «normativo» del acto cuestionado; en cambio, si tiene efectos jurídicos particulares el control de legalidad o validez privilegia la naturaleza de «acto administrativo» del acto cuestionado[41].

En la Sentencia de fecha 19 de enero de 2017 (Proceso 01-AN-2014)[42] y en el Auto de fecha 25 de setiembre de 2018 (Proceso 03-AN-2018)[43], el TJCA lo explica en los siguientes términos:

> […] el TJCA ha establecido dos formas de abordar el análisis de legalidad en la acción de nulidad:
> (i) Cuando se trata de dispositivos de efectos jurídicos generales, se ha enfatizado la importancia del principio de jerarquía estableciendo que corresponde confrontar la norma cuestionada con la disposición superior que se alega como vulnerada.
> (ii) Cuando se trata de actos de efectos jurídicos particulares (propiamente actos administrativos), se ha establecido que el análisis de legalidad involucra verificar los requisitos de validez del acto administrativo; esto es, la competencia, el objeto, la motivación, la forma y el fin perseguido.

En las Sentencias de fechas 26 de agosto de 2016 (Proceso 02-AN-2015)44, 19 de enero de 2017 (Proceso 01-AN-2014)45, 9 de marzo de 2017 (Proceso 05-AN-2015)46, 23 de agosto de 2018 (Proceso 01-AN-2015)47, 25 de setiembre de 2018 (Proceso 04-AN-2016)48, 7 de noviembre de 2018 (Proceso 03-AN-2016)49 y 30 de abril de 2019 (Proceso 04-AN-2017)50 el TJCA ha señalado que si el acto impugnado tiene efectos jurídicos generales

41 Ver: (i) página 21 de la Sentencia de fecha 26 de agosto de 2016 (Proceso 02-AN-2015), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2810 del 15 de setiembre de 2016; (ii) página 16 de la Sentencia de fecha 9 de marzo de 2017 (Proceso 05-AN-2015), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3012 del 2 de mayo de 2017; (iii) página 22 de la Sentencia de fecha 23 de agosto de 2018 (Proceso 01-AN-2015), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3369 del 13 de setiembre de 2018; (iv) página 19 de la Sentencia de fecha 25 de setiembre de 2018 (Proceso 04-AN-2016), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3413 del 31 de octubre de 2018; (v) página 17 de la Sentencia de fecha 7 de noviembre de 2018 (Proceso 03-AN-2016), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3470 del 4 de diciembre de 2018; y, (vi) página 15 de la Sentencia de fecha 30 de abril de 2019 (Proceso 04-AN-2017), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3654 del 4 de junio de 2019.

42 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2922 del 8 de febrero de 2017, p. 40.

43 Auto por medio del cual se rechazó por improcedente la demanda contra una Resolución de la SGCA, p. 9. Se tuvo acceso al referido Auto siguiendo las pautas establecidas en el Acuerdo 09/2017 del TJCA.

44 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2810 del 15 de setiembre de 2016, pp. 21-22.

45 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2922 del 8 de febrero de 2017, pp. 38-40.

46 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3012 del 2 de mayo de 2017, pp. 16-17.

47 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3369 del 13 de setiembre de 2018, pp. 22-23.

48 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3413 del 31 de octubre de 2018, pp. 19, 21-22.

49 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3470 del 4 de diciembre de 2018, pp. 18 y 20.

50 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3654 del 4 de junio de 2019, pp. 16 y 19.

(las Decisiones y las resoluciones reglamentarias de la SGCA), el control de legalidad tiene por objeto verificar el cumplimiento de los siguientes elementos de validez:

1. Si la norma fue emitida por autoridad competente.

2. Si la norma respeta la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico comunitario andino; es decir, las fuentes de derecho primario o secundario de mayor jerarquía.

3. Si la norma es razonable, lo que supone la aplicación del siguiente test de razonabilidad:

    3.1. Si la norma tiene una finalidad legítima conforme al derecho comunitario andino.

    3.2. Si la disposición objeto de la norma es idónea para cumplir la finalidad buscada por esta; es decir, si hay una relación causal entre el fin perseguido y el objeto de la norma.

    3.3. Si el objeto de la norma es necesario o insustituible; esto es, que no hay una forma menos gravosa para alcanzar la finalidad buscada por la norma.

    3.4 Si el objeto de la norma es proporcional; esto es, si el beneficio obtenido es mayor a su costo, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo.

Para declarar la nulidad de un acto de efectos jurídicos generales bastaría que no se cumpla uno de los elementos de validez antes mencionados. De igual forma, para declarar su nulidad por falta de razonabilidad bastaría que no se cumpla uno de los elementos del test de razonabilidad antes referidos.

En la misma jurisprudencia, el TJCA también ha señalado que si el acto impugnado tiene efectos jurídicos particulares (un acto administrativo emitido por el órgano ejecutivo del proceso de integración), el control de legalidad tiene por objeto verificar el cumplimiento de los siguientes elementos de validez:

1. Si la resolución fue emitida por autoridad competente.

2. Si el objeto de la resolución es lícito; es decir, si respeta las fuentes de derecho primario o secundario de mayor jerarquía (principio de jerarquía normativa).

3. Si el objeto de la resolución es determinado y físicamente posible.

4. Si la resolución se encuentra debidamente motivada; esto es, que no contiene falsos supuestos de hecho o de derecho.

5. Si la resolución se ha dictado cumpliendo las normas esenciales del procedimiento.

6. Si la resolución fue dictada en cumplimiento de la finalidad legítima prevista en el derecho comunitario andino; es decir, que no hay desviación de poder.

Para declarar la nulidad de un acto de efectos jurídicos particulares (un acto administrativo) bastaría que no se cumpla uno de los elementos de validez antes mencionados.

Como se puede apreciar, desde el 2016 a la fecha, la jurisprudencia del TJCA ha reconocido expresamente que el control de legalidad de la acción de nulidad se despliega en dos manifestaciones claramente diferenciadas en atención a los efectos del acto cuestionado (generales o particulares).

Los pronunciamientos del TJCA[51], previos al 2016, contribuyeron a desentrañar la naturaleza y alcances de la acción de nulidad, así como la diferenciación que hoy se efectúa entre el análisis de legalidad aplicado a los actos normativos (aquellos que tienen efectos jurídicos generales) y el correspondiente a los actos administrativos (que tienen efectos jurídicos particulares).

Veamos a continuación algunos casos en los que el Tribunal, al realizar el control de legalidad de una resolución emitida por el órgano ejecutivo del proceso de integración, centró su análisis en alguno de los elementos de validez del acto administrativo impugnado, como es la debida motivación:

1. Colombia interpuso acción de nulidad contra la Resolución 421 de la Junta que suspendió los derechos correctivos aplicados por el gobierno colombiano a las importaciones venezolanas de azúcar. Colombia alegó una errónea motivación en la referida resolución debido a que ninguno de sus fundamentos se refería a la comprobación objetiva de una modi-

51 Ver, por ejemplo, Sentencias de fechas: (i) 8 de junio de 1998 (Proceso 5 – AN-97), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 361 del 7 de agosto de 1998; (ii) 5 de noviembre de 1999 (Proceso 1 –AN-96), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 520 del 20 de diciembre de 1999; (iii) 13 de octubre de 2000 (Proceso 01 –AN-98), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 631 del 10 de enero de 2001; (iv) 30 de julio de 2003 (Proceso 16-AN-2002), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 991 del 2 de octubre de 2003; (v) 19 de agosto de 2003 (Proceso 23- AN-2002), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1212 del 28 de junio de 2005; y, (vii) 17 de noviembre de 2006 (Proceso 214-AN-2005), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1498 del 16 de mayo de 2007.

ficación o desaparición de las causas que invocó el gobierno colombiano para aplicar dicha medida. El TJCA consideró que la Resolución 421 no tenía una errónea motivación o falso supuesto de hecho o de derecho, sino que su contenido explicaba las razones de la suspensión de los derechos correctivos, por lo que desestimó la acción de nulidad[52].

2. Venezuela interpuso acción de nulidad contra la Resolución 430 de la Junta que calificó la prohibición de importación de ajo peruano por parte del gobierno venezolano como una restricción al comercio. Venezuela alegó que dicha resolución violaba dos principios fundamentales de todo acto administrativo: la adecuación del acto al supuesto de hecho que le sirve de fundamento (motivación) y el principio de legalidad. El TJCA llegó a la conclusión de que la Resolución 430 se fundamentaba en hechos comprobados, por lo que desestimó la acción de nulidad[53].

3. Colombia interpuso acción de nulidad contra la Resolución 476 que estableció que el depósito[54] exigido por Colombia para el financiamiento de importaciones constituía una restricción a las importaciones. Colombia alegó que la Junta fundamentó erróneamente su decisión en el Informe de la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Asuntos Cambiarios, el cual no guardaba relación alguna con la supuesta restricción. El TJCA concluyó que las resoluciones de la Junta, que sostenían que un país miembro había establecido una restricción al comercio, no deberían limitarse a una simple confrontación de la medida interna con el principio de libre circulación de las mercancías, sino que era necesario que la Junta justificara su decisión ante el país miembro y ante sí misma mediante un juicio lógico fundamentado en razones reales de hecho y de derecho. El TJCA declaró la nulidad de la Resolución 476[55].

4. La Compañía EGAR S.A. interpuso acción de nulidad contra las Resoluciones 800 y 837[56] de la SGCA mediante las cuales se suspendieron las medidas correctivas aplicadas por el gobierno ecuatoriano a las importaciones de guarniciones para frenos procedentes de Bolivia, Perú y Venezuela. La demandante alegó la violación de las reglas generales de procedimiento pues, en su opinión, el artículo 97 de Acuerdo de Carta-

52 Sentencia de fecha 9 de marzo de 1998 (Proceso 3-AN-97), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 343 del 26 de mayo de 1998.

53 Sentencia de fecha 8 de junio de 1998 (Proceso 5-AN-97), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 361 del 7 de agosto de 1998.

54 La Junta Directiva del Banco de la República de Colombia estableció que la financiación de importaciones a determinados plazos constituía una operación de endeudamiento externo, por lo que debía registrarse previa constitución de un depósito en moneda colombiana en el Banco de la República.

55 Sentencia de fecha 13 de octubre de 2000 (Proceso 01-AN-98), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 631 del 10 de enero de 2001.

56 La Resolución 837 declaró parcialmente fundado el recurso de reconsideración interpuesto por la Compañía EGAR S.A. contra la Resolución 800.

gena establecía que la SGCA debía emitir su pronunciamiento en el plazo de 60 días, lo cual no habría respetado. El TJCA llegó a la conclusión de que los vicios de forma deben tener la gravedad de afectar el debido proceso para generar nulidad, por lo que un pronunciamiento fuera de plazo no generaba en sí mismo la nulidad del acto administrativo. El Tribunal desestimó la acción de nulidad[57].

6. El control de legalidad de los actos comunitarios de efectos jurídicos particulares (actos administrativos) y su relación con el proceso contencioso administrativo

A continuación se explica cómo el TJCA fue reconociendo paso a paso que la acción de nulidad planteada contra un acto administrativo tiene la naturaleza de un proceso contencioso administrativo. Para tal efecto, primero reconoció la naturaleza de acto administrativo de determinadas resoluciones de la Junta o la SGCA. En la Sentencia de fecha 24 de marzo de 1997 emitida en el marco del Proceso 3-AI-96[58], el TJCA señaló lo siguiente:

> Este Organismo Judicial se pronuncia por la afirmativa, por las razones siguientes: […]
> - Constituyendo las Resoluciones de la Junta del Acuerdo de Cartagena [hoy SGCA], actos administrativos, se encuentran revestidos o amparados de las características de la presunción de legalidad y ejecutoriedad.

En esa misma línea, en la Sentencia de fecha 8 de junio de 1998, emitida en el marco del Proceso 5-AN-97[59], el TJCA ratificó que las resoluciones de la SGCA constituyen actos administrativos, en los siguientes términos:

> La Resolución 430 de la Junta [hoy SGCA] es un acto administrativo revestido de presunción de legalidad que tiene como característica esencial común a todo acto de esa naturaleza, la de producir efectos directos e inmediatos. El acto administrativo en base a esa presunción se considerará como válido mientras no sea declarado nulo por el órgano jurisdiccional respectivo.

Una vez aceptado que determinadas resoluciones de la SGCA constituyen actos administrativos vino el siguiente paso, reconocer que la acción de nulidad comunitaria se nutre conceptualmente del proceso contencioso administrativo. En la Sentencia de fecha 17 de agosto de 1998 emitida en el marco de Proceso 04-AN-97[60], el TJCA explicó la tendencia doctrinaria y jurisprudencial

57 Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2006 (Proceso 214-AN-2005), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1498 del 16 de mayo de 2007.
58 Sentencia, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 261 del 29 de abril de 1997, p. 10.
59 Sentencia, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 361 del 7 de agosto de 1998, p. 16.
60 Sentencia, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 373 del 21 de setiembre de 1998, p. 27.

de incorporar en la nulidad comunitaria la teoría de nulidades elaborada por el contencioso administrativo, tal como se aprecia de la siguiente cita:

> Las frases precedentes, entre las cuales resalta el llamado vicio del acto por 'desviación de poder', aporte conceptual de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés a la doctrina del acto administrativo, **refleja en el Derecho comunitario la tendencia doctrinaria y jurisprudencial a incorporar casi en bloque la teoría de las nulidades elaborada por el Contencioso Administrativo** derivándola del Derecho civil. Pero cabe destacar la relativa originalidad con la cual el Tratado de Creación del Tribunal (señalado artículo 17), reemplazó la enumeración de las típicas causales de nulidad (incompetencia, vicio de forma, 'desviación de poder' y 'violación de ley'), surgidas del Consejo de Estado francés a través de un proceso jurisprudencial laborioso e inductivo, sustituyéndola por una implícita clasificación más racional, dentro de la cual la jurisprudencia del Tribunal Andino, en correspondencia con la doctrina, ha insuflado de contenido la ambigua y señalada causal de 'violación de ley', concretándola en dos vicios específicos relativos a la causa y al objeto del acto (énfasis añadido).

En línea con la anterior jurisprudencia, en la Sentencia de fecha 19 de enero de 2017, emitida en el marco del Proceso 01-AN-2014[61], el TJCA mencionó lo siguiente:

> […] la jurisprudencia y la doctrina han reconocido que la construcción de la figura de la acción de nulidad de actos de efectos jurídicos particulares se nutre, en muchos aspectos, de las instituciones generadas en el ámbito de la teoría del Proceso Contencioso Administrativo francés.

El siguiente paso y definitivo se dio con los Autos de fechas 19 de octubre de 2018 (Proceso 04-AN-2018)[62] y 7 de noviembre de 2018 (Proceso 05-AN-2018)[63], providencias judiciales en las que el TJCA señaló lo siguiente:

> […] en la medida que **la acción de nulidad planteada contra un acto administrativo tiene la naturaleza de un proceso contencioso administrativo**[17[64]], resulta consustancial para que proceda dicha acción que el acto administrativo impugnado sea uno que cause estado; es decir, que agote la vía administrativa (énfasis añadido).
>
> 17. En la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 del 19 de enero de 2017, el TJCA explicó la especial relación que existe entre el control de legalidad de los actos comunitarios de efectos jurídicos particulares y el contencioso administrativo, en los siguientes términos:
> […].

61 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2922 del 8 de febrero de 2017, p. 44.

62 Auto que rechazó por improcedente la demanda presentada contra una Resolución de la SGCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3412 del 25 de octubre de 2018, p. 11.

63 Auto que rechazó por improcedente la demanda presentada contra una Resolución de la SGCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3436 del 9 de noviembre de 2018, p. 10.

64 Esta nota a pie de página solo aparece en el Auto emitido en el marco del Procesos 04-AN-2018.

Con esta última jurisprudencia el TJCA reconoció expresamente que la acción de nulidad planteada contra un acto administrativo tiene la naturaleza de un proceso contencioso administrativo. Dado que no hay mayor explicación debe entenderse que se trata de un contencioso administrativo de tipo objetivo (o de anulación objetiva).

7. Atisbos de reconocimiento de la acción de nulidad como un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción

En la Sentencia de fecha 19 de enero de 2017, emitida en el marco del Proceso 01-AN-2014[65], el TJCA explicó la especial relación que existe entre el control de legalidad de los actos comunitarios de efectos jurídicos particulares (actos administrativos) y el proceso contencioso administrativo, conforme al siguiente razonamiento:

> 3.1.43. En atención a la relación existente entre el Contencioso Administrativo francés y la acción de nulidad en el derecho comunitario andino, los criterios que informan al primero deben ser trasladados al segundo para arribar a una adecuada definición de la acción de nulidad. **Desde esta nueva concepción, el papel del TJCA no se restringe a ser solo un agente nulificador de actos**, sino que —en ejercicio de la competencia de ejercer el control de legalidad del ordenamiento jurídico comunitario andino prevista en el Artículo 17 del Tratado de Creación del TJCA— **se encuentra facultado a efectuar una revisión profunda de cada uno de los requisitos de validez del acto de efectos jurídicos particulares impugnado y pronunciarse conforme a Derecho, cuando así corresponda**.
>
> 3.1.44. De esta manera, la acción de nulidad constituye el mecanismo procesal que materializa una auténtica instancia autónoma de control jurisdiccional de los actos administrativos emitidos por la SGCA en la que el papel del TJCA consiste en velar por el control de legalidad desde una perspectiva de tutela amplia, al amparo de la cual se encuentra facultado a realizar una revisión profunda de los requisitos de validez del acto administrativo impugnado e, **incluso, a emitir un pronunciamiento de fondo cuando ello corresponda**.
>
> 3.1.45. Así las cosas, la acción de nulidad comunitaria no constituye un recurso de alzada (o apelación) pues el TJCA no es una instancia de superior jerarquía encargada de absolver la fase impugnativa de los actos administrativos emitidos por la SGCA. Asimismo, tampoco se encuentra vinculada al concepto de casación legal, pues no se trata de una revisión limitada al análisis de cuestiones de puro derecho, sino que, por el contario, involucra una revisión integral en la que el TJCA verifica los requisitos de validez del acto administrativo emitido por la SGCA.

65 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2922 del 8 de febrero de 2017, p. 44.

3.1.46. En ese sentido, al TJCA le corresponde realizar una revisión integral y profunda de los elementos de validez del acto administrativo impugnado, pudiendo incluso, en los casos en que así corresponda, **emitir un pronunciamiento sobre la materia controvertida, en aras de brindar una tutela amplia y garantizar el principio de legalidad del derecho comunitario**.

3.1.47. En efecto, el análisis realizado por el TJCA requiere ser profundo y exhaustivo debido a que tiene como objetivo garantizar el principio de legalidad como pieza clave del régimen jurídico de la Comunidad Andina, el cual, además, resulta de suma relevancia para la consolidación de los objetivos económicos y sociales del proceso de integración subregional andino previstos en el Acuerdo de Cartagena (subrayado original omitido) (énfasis añadido).

Afirmar que en una acción de nulidad (en el que es objeto de demanda un acto administrativo) el papel del TJCA no se restringe a ser solo un agente «nulificador» (control de legalidad de tipo objetivo), sino que puede emitir un pronunciamiento de fondo cuando ello corresponda, es un paso tímido, pero un paso a fin de cuentas, en la antesala de un escenario de «plena jurisdicción». Es cierto que el Tribunal no ha dicho expresamente que el contencioso administrativo que realiza en la acción de nulidad sea de «plena jurisdicción», pero al menos ha reconocido que podría emitir un pronunciamiento de fondo, lo que es un atisbo de luz para un futuro desarrollo jurisprudencial encaminado al eventual reconocimiento de la «plena jurisdicción».

El razonamiento esbozado en la Sentencia del Proceso 01-AN-2014 fue íntegramente citado en el Auto de fecha 19 de octubre de 2018 (Proceso 04-AN-2018)66. Adicionalmente, fragmentos de dicho razonamiento fueron recogidos en las siguientes providencias judiciales:

1. En los Autos de fechas 17 de noviembre de 2017 (Proceso 04-AN-2016)[67] y 12 de abril de 2018 (Proceso 04-AN-2017)[68] se replicaron los párrafos 3.1.44 a 3.1.46 de la Sentencia del Proceso 01-AN-2014.

2. En los Autos de fechas 27 de setiembre de 2017 (Proceso 02-AN-2017)[69] y 12 de abril de 2018 (Proceso 04-AN-2017)[70] se repitieron los párrafos 3.1.43 y 3.1.44 de la Sentencia del Proceso 01-AN-2014.

66 Auto que rechazó por improcedente la demanda presentada contra una Resolución de la SGCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3412 del 25 de octubre de 2018, p. 11.

67 Auto que declaró infundada una excepción previa. Se tuvo acceso al referido Auto siguiendo las pautas establecidas en el Acuerdo 09/2017 del TJCA, p. 5.

68 Auto que declaró infundada una excepción previa. Se tuvo acceso al referido Auto siguiendo las pautas establecidas en el Acuerdo 09/2017 del TJCA, p. 5.

69 Auto que rechazó por improcedente la demanda presentada contra unas Resoluciones de la SGCA. Se tuvo acceso al referido Auto siguiendo las pautas establecidas en el Acuerdo 09/2017 del TJCA, p. 11.

70 Auto que declaró infundada una excepción previa. Se tuvo acceso al referido Auto siguiendo las pautas establecidas en el

3. En el Auto de fecha 25 de setiembre de 2018 (Proceso 03-AN-2018)[71] se replicaron los párrafos 3.1.44 y 3.1.45 de la Sentencia del Proceso 01-AN-2014.

En el Auto antes referido de fecha 17 de noviembre de 2017 (Proceso 04-AN-2016)[72], el TJCA amplió su explicación sobre la posibilidad de emitir pronunciamiento de fondo en una acción de nulidad en los términos siguientes:

> Dado que, como se ha explicado, el control de legalidad de una Resolución de la SGCA (de efectos particulares) **puede implicar la emisión de un pronunciamiento de fondo** cuando ello corresponda al objetivo de brindar una mayor tutela jurisdiccional, es evidente que se encuentra dentro del marco de competencias del TJCA el verificar, en su debida oportunidad (al momento de emitir Sentencia), si la(s) Resolución(es) […] de la SGCA cumple(n) o no con lo establecido en la Decisión […], lo que podría involucrar, eventualmente, la determinación de si la SGCA efectuó un correcto o incorrecto análisis […] (énfasis añadido)[73].

Sobre la base de la citada jurisprudencia, el control de legalidad que subyace a la acción de nulidad permite brindar una mayor y auténtica tutela jurisdiccional, de modo que el TJCA podría emitir un pronunciamiento de fondo sobre la materia controvertida, en lugar de simplemente anular y reenviar. Al emitir un pronunciamiento de fondo, y sobre la base del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), el TJCA debe salvaguardar el ordenamiento jurídico comunitario andino, aplicando la norma y jurisprudencia pertinente más allá de los fundamentos jurídicos de las partes. No solo eso, también puede actuar y meritmar medios probatorios que no fueron actuados ni merituados por la SGCA[74].

8. Un voto disidente de «plena jurisdicción»

A la fecha no existe una providencia judicial en la que el TJCA haya afirmado que el proceso contencioso administrativo que subyace a una de las dos modulaciones de la acción de nulidad sea de «plena jurisdicción». Es en un voto en minoría en el que se puede encontrar esta situación: el voto disidente[75] de

Acuerdo 09/2017 del TJCA, p. 6.

71 Auto que rechazó por improcedente la demanda presentada contra una Resolución de la SGCA. Se tuvo acceso al referido Auto siguiendo las pautas establecidas en el Acuerdo 09/2017 del TJCA, p. 9-10.

72 Auto que declaró infundada una excepción previa. Se tuvo acceso al referido Auto siguiendo las pautas establecidas en el Acuerdo 09/2017 del TJCA, p. 6.

73 Este razonamiento fue compartido (casi en su totalidad) en la página 6 del Auto de fecha 12 de abril de 2018 emitido en el marco del Proceso 04-AN-2017 por medio del cual se declaró infundada una excepción previa. Se tuvo acceso al referido Auto siguiendo las pautas establecidas en el Acuerdo 09/2017 del TJCA.

74 Voto disidente de los Magistrados Cecilia Luisa Ayllón Quinteros y Hugo R. Gómez Apac en la Sentencia del Proceso 04-AN-2015, 26 de abril de 2018, pp. 5-6; al cual se tuvo acceso siguiendo las pautas establecidas en el Acuerdo 09/2017 del TJCA.

75 Voto disidente del Magistrado Hugo R. Gómez Apac en la Sentencia del Proceso 03-AN-2016, 7 de noviembre de 2018; al

la Sentencia de fecha 7 de noviembre de 2018 emitida en el marco del Proceso 03-AN-2016[76].

A inicios del 2014, Perú observó los certificados de origen que señalaban que las botas de plástico comercializadas por Plasticaucho Industrial S.A. (en adelante Plasticaucho) eran originarias de Ecuador, y exigió la constitución de garantías a esta empresa para el «desaduanamiento» de sus mercancías.

Por pedido de Perú y Ecuador, la SGCA inició una investigación conducente a verificar el origen de las botas comercializadas por Plasticaucho. Mediante Resolución 1719 de agosto del 2014, el órgano ejecutivo del proceso de integración declaró que las botas de plástico eran originarias de Ecuador al cumplir con las normas de origen establecidas en los artículos 2 (literal e), 9 y 11 de la Decisión 416 (Normas Especiales para la Clasificación y Certificación del Origen de las Mercancías), y ordenó a Perú que deje sin efecto las garantías aplicadas a los certificados de origen que había observado.

En el año 2016, Perú interpuso ante el TJCA demanda de acción de nulidad contra la Resolución 1719, argumentando que esta carecía de debida motivación y que la SGCA había incurrido en desviación de poder al pronunciarse más allá de lo solicitado por Ecuador y Perú. En el transcurso del proceso, Perú alegó que Plasticaucho tampoco sustentó su capacidad productiva para producir las mercancías exportadas al Perú.

El Tribunal, mediante sentencia aprobada por mayoría, declaró infundada en todos sus extremos la demanda, señalando que en el momento en que la autoridad aduanera del país importador exige constituir garantías para el «desaduanamiento» de una mercancía que cuenta con un certificado de origen, surgen dos obligaciones de acuerdo con el segundo párrafo de artículo 16 de la Decisión 416: (i) notificar oportunamente esta medida al país miembro exportador y a la SGCA; y, (ii) acompañar necesariamente los antecedentes, acontecimientos o fundamentos que justifican dicha medida. El TJCA sostuvo que de la revisión del expediente tramitado ante la SGCA se constataba que Perú se había limitado a informar sobre el inicio del proceso de verificación de origen de las mercancías, así como sobre la exigencia de constituir garantías, pero que nunca explicó a la SGCA sobre los antecedentes, acontecimientos o fundamentos que habrían servido de sustento para la observación de los certificados de origen.

El voto en minoría (o voto disidente) sostuvo que para acreditar el origen de las mercancías, la SGCA debió comprobar no solo el proceso productivo o de transformación (el aspecto cualitativo que permite el salto de partida), sino

cual se tuvo acceso siguiendo las pautas establecidas en el Acuerdo 09/2017 del TJCA.

76 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3470 del 4 de diciembre de 2018.

también la capacidad productiva de Plasticaucho (el aspecto cuantitativo), aspecto este último que hubiera consistido en verificar que dicha empresa había fabricado todo lo que vendió, lo que implicaba constatar la existencia de proporción razonable entre la cantidad de insumos adquiridos y el número de unidades vendidas en un determinado periodo. Solo verificando el aspecto cuantitativo se descartaría la existencia de reventa o triangulación. El voto disidente lo explicó de la siguiente forma:

> 3.12. Como se puede advertir, la SGCA no realizó el análisis de proporción razonable entre la cantidad de insumos adquiridos y el número de unidades vendidas para determinar que la mercancía era originaria (el aspecto cuantitativo de la capacidad productiva).
>
> 3.13. En ese sentido, para acreditar que las mercancías habían sido fabricadas en el territorio del Ecuador, y que por tanto no estábamos ante un supuesto de reventa, además de la verificación del proceso productivo, debe existir, respecto de un determinado periodo de fabricación, una proporción razonable entre la cantidad de insumos adquiridos y la cantidad de productos vendidos por Plasticaucho.
>
> 3.14. Asumamos de manera hipotética que, respecto de un periodo de fabricación determinado, los documentos que acreditan la compra de insumos para dicho periodo permiten inferir una fabricación aproximada de cien (100) unidades y que las unidades vendidas provenientes del mismo periodo son cien mil (100 000) unidades. En este ejemplo hipotético no habría una proporción razonable entre la cantidad de insumos adquiridos y la cantidad de productos vendidos. Es verosímil afirmar, siguiendo con el ejemplo, que hay miles de unidades que no fueron fabricadas en el territorio del país miembro, sino importadas de un país no miembro, para luego ser revendidas (la reventa podría ser dentro del mismo territorio del país miembro, hacia otro país miembro y/o hacia un país no miembro).
>
> 3.15. La proporción razonable de la que se viene hablando no significa exactitud o precisión matemática, lo que sería difícil y/o costoso de calcular. Para efectos de la calificación y certificación del origen de las mercancías, la Sentencia debió considerar qué proporción razonable significa que, en términos cuantitativos generales y aproximados, había correspondencia lógica entre la cantidad de insumos adquiridos y la cantidad de productos vendidos por Plasticaucho (subrayado original omitido).

Dado que la posición minoritaria verificó que la SGCA no había realizado el análisis de proporción razonable antes referido, y considerando que el TJCA se encontraba facultado para emitir un pronunciamiento de fondo e incluso actuar pruebas de oficio, el voto disidente realizó el análisis de proporción razonable —entre los insumos adquiridos y el número de unidades vendidas— omitido por la SGCA, pues contaba con las pruebas que permitían efectuar dicho análisis[77]. Para determinar que la mercancía era originaria o no, se comparó la cantidad de resina de PVC adquirida durante el periodo 2012-

77 En atención a las pruebas de oficio actuadas por el TJCA, en el expediente de la acción de nulidad se contaba con la siguien-

2014 con el número de botas de plástico producidas por Plasticaucho durante el mismo periodo, con el objeto de verificar si la cantidad que adquirió fue suficiente para respaldar su producción. El resultado fue que durante el periodo 2012-2014 Plasticaucho adquirió resina de PVC en cantidades suficientes para respaldar la producción de los años 2012, 2013 y 2014.

Sobre la base de ese resultado, en el voto disidente se sostuvo que si bien la Resolución 1719 padecía de nulidad parcial por contener una motivación insuficiente (al no haberse realizado el mencionado análisis de proporción razonable), con las pruebas obtenidas de oficio por el TJCA y que obraban en el expediente se podía comprobar que las botas exportadas hacia Perú eran originarias de Ecuador, lo que significaba que los certificados de origen presentados por Plasticaucho respetaban lo establecido en la Decisión 416. El voto disidente concluyó su razonamiento en los siguientes términos:

> Por las razones expuestas, disiento completamente de la posición mayoritaria y voto por que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones 1719 y 1738 de la Secretaría General de la Comunidad Andina por las causales de motivación insuficiente y violación del debido proceso. Asimismo, se declare, **en vía de integración y asumiendo de modo excepcional un proceso de plena jurisdicción**, que las mercancías clasificadas en la subpartida 6401.92.00, elaboradas en la República del Ecuador por la empresa Plasticaucho Industrial S.A., relacionadas con los certificados de origen emitidos entre el 4 de febrero y el 2 de mayo de 2014, cumplen con el criterio de origen establecido en el Literal e) del Artículo 2 de la Decisión 416, así como lo establecido en los Artículos 9 y 11 de la referida Decisión (subrayado original omitido) (énfasis añadido).

Como se puede apreciar, para el voto en minoría lo que correspondía era declarar la nulidad parcial de la Resolución 1719 por motivación insuficiente; no obstante, en lugar de solo sostener la anulación del acto administrativo y su reenvío a la SGCA (que sería lo propio de un contencioso administrativo de tipo objetivo), emitió un pronunciamiento de fondo al declarar, sobre la base de pruebas actuadas de oficio por el TJCA, que los certificados de origen presentados por Plasticaucho sí cumplían con las normas de origen de la Comunidad Andina.

9. Conclusiones

La división de los poderes públicos y la existencia de controles y equilibrios (pesos y contrapesos) entre ellos caracterizan a un Estado constitucional de derecho. Uno de tales contrapesos es el control jurisdiccional de la actuación

---

te información: la cantidad de resina de PVC (insumo) que se necesitaría para producir un par de botas (calzado plástico), la cantidad de resina de PVC que se adquirió durante el periodo 2012-2014 y la producción total de Plasticaucho durante el periodo 2012-2014.

administrativa, control que es realizado por el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo.

A grandes rasgos, el proceso contencioso administrativo ha evolucionado en dos grandes modelos. El primero, que por muchos años fue la visión clásica, el contencioso administrativo de tipo objetivo, mediante el cual el juez se limitaba a verificar si el acto administrativo impugnado era nulo o no (mero control de legalidad). Si declaraba su nulidad (con efecto retroactivo), el asunto era reenviado a la autoridad administrativa para que se vuelva a pronunciar, si ello correspondía. El segundo modelo, que es la tendencia moderna, el contencioso administrativo de tipo subjetivo, el cual no solo permite la revisión de legalidad del acto administrativo impugnado (de anulación objetiva), sino también el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado, lo que dota al juez de la competencia para ordenar a la administración pública el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer, como por ejemplo la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el acto viciado de nulidad.

Una de las competencias jurisdiccionales del TJCA es la acción de nulidad. Mediante este instrumento procesal esta corte internacional verifica que los actos emitidos por el CAMRE, la Comisión, la SGCA y demás órganos e instituciones del SAI sean conformes al ordenamiento jurídico comunitario andino. Este ordenamiento está compuesto por dos clases de normas. Las de derecho primario, llamadas también normas fundamentales o constitucionales, como el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del TJCA, y las de derecho secundario o derivado, como las Decisiones del CAMRE y la Comisión, las resoluciones de la SGCA y otras.

La acción de nulidad consiste en examinar la validez jurídica de las normas de derecho secundario. Se trata de un control de legalidad de los actos comunitarios consistentes en las Decisiones del CAMRE y la Comisión, las resoluciones de la SGCA y demás normas de derecho derivado. Los actos comunitarios pueden tener efectos jurídicos generales o particulares. Si son lo primero, la acción de nulidad privilegia el carácter normativo del acto impugnado. Así, tratándose de las Decisiones del CAMRE y la Comisión, que son las leyes andinas, las leyes comunitarias, la acción de nulidad es similar a la acción de inconstitucionalidad conocida por un Tribunal o Corte Constitucional. Si son lo segundo, es decir, que los actos impugnados son actos administrativos, la acción de nulidad es similar al realizado por el Poder Judicial en un proceso contencioso administrativo.

El órgano ejecutivo del proceso de integración andino fue la Junta y hoy es

la SGCA. En su condición de órgano ejecutivo la Junta tenía, y la SGCA tiene, competencia para emitir dos tipos de resoluciones, las que reglamentan Decisiones (de efectos generales) y las que contienen actos administrativos (de efectos particulares). La acción de nulidad ejercida con relación a un acto administrativo emitido por la Junta o la SGCA expresa el control jurisdiccional propio del proceso contencioso administrativo, asunto que la jurisprudencia del TJCA fue reconociendo progresivamente. En un primer estadio el Tribunal reconoció que determinadas resoluciones de la SGCA eran actos administrativos. En un segundo momento afirmó que el control de legalidad de dichos actos administrativos se nutría conceptualmente del régimen de nulidades del contencioso administrativo. Como un tercer paso aceptó de manera expresa que la acción de nulidad respecto de actos administrativos es un proceso contencioso administrativo (de tipo objetivo). El último paso ha consistido en reconocer que el control de legalidad no se limita a la anulación del acto comunitario demandado, sino que el Tribunal podría, además de anular el acto en cuestión, emitir un pronunciamiento de fondo con el objeto de brindar al accionante una tutela judicial amplia.

Si bien el último estadio de la jurisprudencia del TJCA no significa la aceptación integral de un proceso contencioso administrativo de «plena jurisdicción», la posibilidad de emitir un pronunciamiento de fondo en la sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo comunitario constituye un atisbo de contencioso administrativo de tipo subjetivo. Ha sido en un voto en minoría (voto disidente) en el que un Magistrado del TJCA, además de declarar la nulidad parcial del acto cuestionado, analizó las pruebas aportadas al expediente y se pronunció sobre el asunto de fondo materia de controversia.

Que la acción de nulidad con relación a un acto administrativo constituye un proceso contencioso administrativo es un asunto zanjado por la jurisprudencia del TJCA. Lo novedoso es la reciente jurisprudencia de dicha corte que ha reconocido la posibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el asunto de fondo materia de controversia. El futuro nos dirá si el Tribunal continúa el camino emprendido y consolida en su jurisprudencia el reconocimiento de que el control de legalidad de un acto administrativo comunitario es un proceso contencioso administrativo de «plena jurisdicción».

Si la jurisprudencia del TJCA aceptara sin mayor atingencia que el control de legalidad de un acto administrativo es un proceso contencioso administrativo de «plena jurisdicción», la acción de nulidad comunitaria se convertiría en una instancia de tutela judicial efectiva e integral de los derechos e intereses legítimos de las personas naturales y jurídicas, otorgando a la colectividad andina un ámbito mayor de protección jurídica frente a los actos comunitarios violatorios del derecho andino, lo que significaría no solo un fortalecimiento

del sistema de solución de controversias del proceso de integración andino, sino también una justicia con mayor cobertura para los más de 111 millones de ciudadanos andinos. Así, por ejemplo, en un caso en que una persona alegara que el acto administrativo comunitario viciado de nulidad desconoce un derecho suyo reconocido por el ordenamiento andino, el TJCA, además de declarar la nulidad (objetiva) del acto comunitario, reconocería o restablecería el derecho vulnerado.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Armed Conflicts in Outer Space: Applicability and Challenges of International Humanitarian Law

Conflictos armados en el espacio ultraterrestre: aplicación y retos del Derecho Internacional Humanitario

Juan Felipe Idrovo Romo*

Recibido / Received: 1/03/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1737

Citación:
Idrovo Romo, J. F. «Armed Conflicts in Outer Space: Applicability and Challenges of International Humanitarian Law». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 335-357, doi:10.18272/ulr.v7i1.1737.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, Law student, Post Office Box 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Email: felipeidrovo@gmail.com; fidrovo@estud.usfq.edu.ec. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-6457-1409

Abstract

The paper critically explores those scenarios (hypothetical, but probable) in which armed conflicts take place in outer space. First, the problem regarding the definition and delimitation of outer space will be analyzed. In this regard, the reasons why there is no consensus among the States, and even within the scientific community, will be explained. Subsequently, the relevant branches (for the topic) of Public International Law will be introduced (International Space Law, International Humanitarian Law, and *Ius ad Bellum*) and their key regulations will be identified. At this point, the main reasons why International Humanitarian Law shall be applied in the event that an armed conflict develops in outer space will be explained taking into account PIL formal and auxiliary sources. Likewise, specific challenges, that result from the application of International Humanitarian Law in outer space, will be exposed and analyzed. These challenges include: (i) attacks on dual-use objects; (ii) the obligations of the parties to the conflict when there is human direct or physical participation; and (iii) the applicable regulations for the development and use of new weapons. For each problem raised, possible solutions based on the rules and principles of current law will be provided. Finally, the need for the eventual creation of a specific treaty to regulate the matter will be emphasized, in view of the unique nature of this type of conflict.

Keywords

International Humanitarian Law; Space Law; Outer Space; applicability; challenges; Kármán line; direct participation; new weapons; dual use objects; diligence standards

Resumen

El artículo explora de forma crítica aquellos escenarios (hipotéticos, pero probables) en los que conflictos armados se desarrollan en el espacio ultraterrestre. En primer lugar, se analizará el problema relativo a la definición y delimitación del espacio ultraterrestre. Al respecto, se expondrán las razones por las que no existe un consenso entre los Estados e, inclusive, dentro de la comunidad científica. Posteriormente, se introducirán las ramas del Derecho Internacional Público relevantes en la materia (Derecho Internacional Espacial, Derecho Internacional Humanitario y Ius ad Bellum) y se identificarán normas clave. En este punto, se expondrán las principales razones, basadas en fuentes formales y auxiliares del DIP, por las que el Derecho Internacional Humanitario debe ser aplicado en caso de que un conflicto armado se desarrollase en el espacio ultraterrestre. De igual manera, se expondrán y analizarán retos concretos que la aplicación del DIH en el espacio ultraterrestre podría suponer en relación con la posibilidad de: (i) ataques a objetos de uso dual; (ii) las obligaciones de las partes del conflicto cuando existe participación humana directa o física en el espacio; y, (iii) las normas aplicables para el desarrollo y uso de armas nuevas. Para cada problema planteado se proporcionarán posibles

soluciones basadas las normas y principios del derecho existente. Finalmente, se enfatizará en la necesidad de la eventual creación de un tratado específico que regule la materia, en vista de la naturaleza única de este tipo de conflictos.

Palabras Clave
Derecho Internacional Humanitario; Derecho Internacional Espacial; espacio ultraterrestre; aplicabilidad; retos; línea Kármán; participación directa; nuevas armas; objetos de uso dual; estándares de diligencia

1. Introduction

"All armies prefer high ground to low and sunny places to dark."
Sun Tzu. The Art of War, Chapter IX, 11.

The classic films of the 20th century, such as Star Wars and Star Trek, do not seem like entire science fiction anymore. In fact, the space programs of the U.S., China, Russia, among others, have developed to the point that spaceships are a reality and space warfare is plausible nowadays. For instance, in 2012, the U.S. launched a military space plane known as the X-37B; the plane spent 674 days in outer space and was part of a joint project between NASA and the Defense Department of the U.S.[1]. Since the return of the aircraft in 2014, there have been many speculations about the real purpose of the X-37B; despite the fact that most of the information remains classified, the experts agree that the test contributed to the development of critical technologies related with the eventual weaponization of the outer space[2]. It is remarkable that the U.S. has expressed how important they consider space warfare since the beginning of the Cold War. For example, in 2005 General Lance Lord[3] proclaimed: "Space superiority is the future of warfare. We cannot win a war without controlling the high ground, and the high ground is space"[4].

In the same context, the U.S. Defense Intelligence Agency considers that China and Russia could represent threats due to their technological capacity, and their view of the space as "important to the modern warfare"[5]. Indeed, China has stated: "To explore the vast cosmos, develop the space industry, and build

1 Ghoshroy, Subrata. "The X-37B: Backdoor weaponization of space?". *Bulletin of the Atomic Scientists*. Vol 71:3 (2015), p. 21.
2 *Id.*, p. 19.
3 According to the U.S. Air Force, General Lance Lord (who retired in 2006) was responsible for the "development, acquisition and operation of the Air Force's space and missile systems". Additionally, Lord ensured the "combat readiness of America's intercontinental ballistic missile force". See more at: U.S. Air Force. *General Lace. W. Lord*, 2006. https://www.af.mil/AboutUs/Biographies/Display/Article/105049/general-lance-w-lord/ (access: 03/01/2020).
4 General Lord, Lance W. "Space Superiority". *High Frontier. The Journal for Space and Missile Professionals*. Volume 1, Number 3 (Winter 2005), p. 4.
5 U.S. Defense Intelligence Agency. *Challenges to Security in Space*, 2019, p. 3. https://fas.org/spp/military/program/asat/dia-challenges.pdf (access: 07/01/2020).

China into a **space power** is a dream we pursue unremittingly" (emphasis added)[6]. China's military capacity in outer space includes 4 communication satellites destined for military purposes[7], projects involving laser weapons that could destroy or damage satellites[8], a variated range of space launch vehicles (primarily the LM series)[9], etc. In fact, in 2007, China tested a direct-ascent Anti-satellite weapon (hereinafter ASAT) that destroyed one of their weather satellites and demonstrated that space weapons are already at their disposal[10].

In the case of Russia, the facts are very similar; the Russian arsenal includes a wide range of space launch vehicles (including the Soyuz and Zenit series)[11], ASAT laser weapons, mobile missile systems capable to destroy pace targets, etc.[12] Despite of the fact that the number of States that count with strong military space programs is limited, countries such as Iran, North Korea, South Korea and Israel have demonstrated certain military capacities that could produce an impact in space warfare. In consequence, the aforementioned States shall be considered probable actors in a hypothetical armed conflict in outer space[13].

The facts demonstrate that the weaponization of the space is a reality that cannot be omitted. Just as the arms race of the end of the 19th century and the beginning of the 20th century brought as a consequence the Great War, it would not be naïve to think about a real possibility of facing armed conflicts in outer space. In that case, it would be inconceivable to think that the hostilities could develop without any regulation in this scenario. Consequently, many questions arise regarding the law applicable to armed conflicts that could take place in outer space. Even though International Space Law, in complement with International Humanitarian Law (onwards IHL), seem to be the appropriate branches of law to regulate these situations, there is a gigantic gray area. As will be demonstrated, the application of IHL in outer space would represent a lot of challenges that would be very difficult to face with the current state of development of law.

This article will explore this concern starting from very basic concepts such as Outer Space and its possible delimitation, Space Law, and International

6 The State Council of the People's Republic Of China. *Full text of white paper on China's space activities in 2016,* 2016. http://english.www.gov.cn/archive/white_paper/2016/12/28/content_281475527159496.htm (access: 07/01/2020).

7 Union of Concerned Scientists. *Satellite Database*, 2005-2019. https://www.ucsusa.org/nuclear-weapons/space-weapons/satellite-database (access: 12/01/2020).

8 Ying, Li; Bingyu, Zhou. "Ground High Power Laser Anti-Satellite Reconnaissance Technology," *Guangdian Duikang yu Wuyuan Ganrao [Optoelectronic Warfare and Passive Jamming]*, No. 2 (2002), pp. 9–12.

9 U.S. Defense Intelligence Agency. *Challenges to Security in Space*, 2019, p. 16. https://fas.org/spp/military/program/asat/dia-challenges.pdf (access: 07/01/2020).

10 Foust, Jeff. *U.S. Dismisses Space Weapons Treaty Proposal As "Fundamentally Flawed",* 2014. https://spacenews.com/41842us-dismisses-space-weapons-treaty-proposal-as-fundamentally-flawed/ (access: 19/01/2020).

11 U.S. Defense Intelligence Agency. *Challenges to Security in Space*, 2019, p. 25. https://fas.org/spp/military/program/asat/dia-challenges.pdf (access: 07/01/2020).

12 *Id.*, p. 29.

13 The weapons referred by each country are mere examples of their military capacity and are not by any mean exhaustive. The objective of their employment in this introductory section is just to contextualize the current global weaponized scenario.

Humanitarian Law. Later, the legal framework applicable to the scenario of the armed conflicts in outer space will be analyzed. Then, some challenges of the possible application of IHL will be addressed, including concerns about dual-use objects, human direct participation, and the development of new weapons. Finally, the necessity of a new treaty will be considered, as well as some initiatives to regulate this area with non-binding instruments will be referred to[14].

2. Definitions

2.1. Outer Space

It is fundamental to determine the territorial or physical scope of application of the different law frames that will be analyzed in this paper. Therefore, outer space must be conceptualized. An ordinary definition of outer space might be: "the area outside the earth's atmosphere where the other planets and stars are situated"[15]. As can be concluded by the simple lecture of the provided definition, the conventional concept may be considered vague and insufficient as it does not include precise limits of outer space.

Unfortunately, this term is not expressly delimited or delineated by treaty law. Furthermore, there is not even agreement within the scientific community. However, the most common reference used to determine the commencement of space is known as the Kármán Line, an imaginary boundary situated 100 kilometers (62 miles) above sea level[16]. This measure is used by the *Fédération Aéronautique Internationale* (FAI) and many other organizations[17]. The explanation of delimiting space with the Kármán Line is:

> In theory, once this 100 km line is crossed, the atmosphere becomes too thin to provide enough lift for conventional aircraft to maintain flight. At this altitude, a conventional plane would need to reach orbital velocity or risk falling back to Earth[18].

14 This article focuses on scenarios of International Armed Conflicts (IACs). The challenges that may arise in regard to Non-International Armed Conflicts (NIACs) are very different not only because of the nature of the conflict but also due to the applicable law available. Therefore, space warfare in NIACs is not going to be addressed with profundity; it may be a topic for a future investigation.

15 COBUILD Advanced English Dictionary. *Outer Space*, N.d. https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/outer-space (access: 13/03/2020). The term "outer space" started to be used in its current sense since the 1800s. Statistics reveal that the term became extremely common during the second half of the 20th century (at the time when the Cold War took place); the peak of frequency of the term "outer space" is situated in 1984 and 1987 with records of frequency of 0.42 and 0.43 respectively. To see more visit the previously cited site.

16 National Oceanic and Atmospheric Administration. *Space. It's the final frontier and also happens to be where NOAA operates the Nation's environmental and meteorological satellites. But where is "space" exactly,* 2016, par. 5. https://www.nesdis.noaa.gov/content/where-space (access: 24/01/2020).

17 *Ibíd*.

18 *Id*., par. 4.

Beyond theoretical discussions, States have adopted functional approaches considering aerodynamic parameters[19]. In this context, for the United States: "terrestrial-based forces generally operate below an altitude of roughly 100 kilometers, whereas spaced-based forces operate above this altitude where the effects of drag and lift are negligible"[20]. In the case of the United Kingdom, the beginning of outer space is not that clear because it would depend on the technology available. Indeed, the U.K. maintains that the extent of the airspace may vary, but for practical purposes: "the upper limit to a state's rights in airspace is above the highest altitude at which an aircraft can fly and below the lowest possible perigee of an earth satellite in orbit"[21].

The aim to reach a consensus between the international community regarding the definition and delimitation of the outer space has been present since 1966 via the Legal Subcommittee (hereinafter Legal Subcommittee) of the UN Committee on the Peaceful Uses of Outer Space[22]. The reality is that this organ has not been able to reach an agreement in more than 50 years. In such a long time, the debate within the Subcommittee has focused on technical and scientific endless discussions. Furthermore, at some point between 1979 and 1982, the debate took a drastic turn in order to discuss the necessity of developing a definition and delimitation of outer space[23]. The fact that the institutions have not been able to properly address this issue, plus the lack of will of the States, leads us to the conclusion that the goal to define and delimit outer space in a binding instrument is far to be materialized.

At this point, the following question would normally arise: Is it a matter of such great importance to delimit outer space in a binding instrument? The answer is undoubtedly affirmative. Some of the reasons have been provided by those States that participated in the fifty-eight session of the Legal Subcommittee in 2019; in summary, the delimitation of outer space would:

a. Reduce uncertainty regarding the applicability of space law and aeronautical law.
b. Facilitate the national implementation of international space and aeronautical law.

19 Schmitt, Michael N. "International Law and Operations in Space". *Max Planck Yearbook of the United Nations Law*. Volume 10 (2006), p. 99.

20 United States Air Force. *Space Operations, Doctrine Document 2-2*, 2001, pp. 33-34. http://usafaspace.tripod.com/other/AFDD_2_2_11_01.pdf (access: 27/01/2020).

21 The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict (2004). UK Ministry of Defense. Article 12.13.

22 In 1966, the delegation of France requested the General Assembly of the UN to incorporate the question relative to the definition and delimitation of the outer space to the agenda of the Legal Subcommittee of the UN Committee on the Peaceful Uses of Outer Space. Additionally, the General Assembly, in its resolution 38/80 of December 15th of 1983, disposed the Legal Subcommittee the creation of a working group in order to treat this topic as a priority. See more at: United Nations General Assembly, Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, Legal Subcommittee. *Historical summary on the consideration of the question on the definition and delimitation of outer space: Report of the Secretariat*, A/AC.105/769 (2002). https://www.unoosa.org/pdf/reports/ac105/AC105_769E.pdf

23 United Nations General Assembly, Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, Legal Subcommittee. *Historical summary on the consideration of the question on the definition and delimitation of outer space: Report of the Secretariat*, A/AC.105/769 (2002), par. 10-12. https://www.unoosa.org/pdf/reports/ac105/AC105_769E.pdf

c. Provide clarity to States and non-state actors in activities such as the positioning of satellites and suborbital flights.
d. Enable the enforcement of law, rules and regulations [may International Humanitarian Law be included][24].

In case a new binding instrument is created to regulate armed conflicts in outer space, the first point to solve would be its delimitation. It would not be substantial to reach a unanimous agreement about the scientific delineation of space; hence, the States could establish this limit guided by practical, technological, or even referential considerations. In this context, the Kármán Line could represent an adequate answer to this matter[25]. Until treaty law is created, the lack of regulation produces uncertainty as there is an enormous gray area in International Public Law regarding this topic. Consequently, it would represent a real challenge to any court to determine where outer space commences. Moreover, as there is no consensus between the States and the scientific community, neither in theory nor in practice, it would be impossible to determine the existence of customary norms.

2.2. Space Law

The United Nations Office for Outer Space Affairs (hereinafter UNOOSA) defines Space Law as "the body of law governing space-related activities"[26]. The definition provided by the UNOOSA is considerably wide, so it could be interpreted that Space Law not only regulates those activities that physically occur in the space but also those that are related to space activities in general. That interpretation is fundamental in order to frame certain activities that take place on Earth and could represent violations to Space Law such as the development of weapons of mass destruction meant to be put in orbit.

Space Law comprises instruments of International Public Law and internal norms of each State's legislation. In particular, International Space Law (hereinafter ISL) has been developing since half a century ago. The United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (hereinafter COPUOS) played a protagonist role in the early years of ISL. In fact, the COPUOS,

---

24 United Nations General Assembly, Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, Legal Subcommittee. *Report of the Legal Subcommittee on its fifty-eighth session, held in Vienna from 1 to 12 April 2019*, A/AC.105/1203 (2019), par. 88-92. https://www.unoosa.org/pdf/reports/ac105/AC105_769E.pdf

25 In the same report of the Legal Subcommittee of 2019, some States proposed a similar solution that is contained in paragraph 91: "The view was expressed that the rationale for a delimitation of outer space and airspace at **between 100 and 110 km above sea level** was based on comprehensive considerations including scientific, technical and physical characteristics, namely the atmospheric layers, aircraft altitude capacity, the perigee of the spacecraft and the Karman line" (emphasis added).

26 United Nations Office for Outer Space Affairs. *Space Law*, n.d. https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/index.html (access: 07/02/2020).

along with its 67 State members, developed five core space law treaties that are known as the *corpus iuris spatialis*[27], which includes:

1. Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies (hereinafter Outer Space Treaty)[28].

2. Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space[29].

3. Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects[30].

4. Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space[31].

5. Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies[32].

There are also five declarations of principles that were adopted by the General Assembly of the United Nations. Because of their nature, these instruments are soft law sources and, therefore, not binding. However, the aforementioned declarations are relevant as they regulate specific topics that are extremely relevant to space warfare such as the uses of satellites. These instruments include:

1. Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Uses of Outer Space[33].

2. The Principles Governing the Use by States of Artificial Earth Satellites for International Direct Television Broadcasting[34].

3. The Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space[35].

4. The Principles Relevant to the Use of Nuclear Power Sources in Outer Space[36].

27 Schmitt, Michael N. "International Law and Operations in Space". *Max Planck Yearbook of the United Nations Law*. Volume 10 (2006), p. 100.
28 Adopted by the UN General Assembly in its resolution 2222 (XXI), opened for signature on 27 January 1967, entered into force on 10 October 1967.
29 Adopted by the UN General Assembly in its resolution 2345 (XXII), opened for signature on 22 April 1968, entered into force on 3 December 1968.
30 Adopted by the UN General Assembly in its resolution 2777 (XXVI), opened for signature on 29 March 1972, entered into force on 1 September 1972.
31 Adopted by the UN General Assembly in its resolution 3235 (XXIX), opened for signature on 14 January 1975, entered into force on 15 September 1976.
32 Adopted by the UN General Assembly in its resolution 34/68, opened for signature on 18 December 1979, entered into force on 11 July 1984.
33 Approved by the UN General Assembly resolution 1962 (XVIII) of 13 December 1963.
34 Approved by the UN General Assembly resolution 37/92 of 10 December 1982.
35 Approved by the UN General Assembly resolution 41/65 of 3 December 1986.
36 Approved by the UN General Assembly resolution 47/68 of 14 December 1992.

5. The Declaration on International Cooperation in the Exploration and Use of Outer Space for the Benefit and in the Interest of All States, Taking into Particular Account the Needs of Developing Countries[37].

2.3. International Humanitarian Law

IHL is commonly referred to as the law of war (*ius in bello* in Latin) or the law of the armed conflicts, that is a more appropriate definition. IHL has two fundamental purposes: to limit the means and methods of war employed during hostilities (known as Hague Law) and to protect persons that are not, or not anymore, participating in hostilities (known as Geneva Law). Excluding specific rules related to implementation and processes of judgment, IHL has to be exclusively applied in armed conflict scenarios. IHL rules are scattered on conventional and customary sources.

3. Applicable Law

The military use of outer space shall be analyzed in two moments or scenarios (i) during peacetime; and (ii) during armed conflicts.

3.1. The Use of Outer Space in Peacetime

In this first stage, there are not hostilities taking place in outer space yet; therefore, there is not an armed conflict. As has been previously explained, IHL would not be applicable in this scenario. On the other hand, Space Law, through its treaties, would be in force. The main conventional rules regarding the military use of outer space may be resumed in:

1. Article III of the Outer Space Treaty that conditions space activities to the observation of International Law and the UN Charter and their peaceful purposes[38]. This article recognizes the applicability of the *ius ad bellum* or *ius contra bellum* regime (including its exceptions) that is detailed in the UN Charter.

2. Article IV of the Outer Space Treaty, that is considered the most relevant norm of International Spac e Law in relation to space warfare. In the first place, it prohibits the installation of nuclear weapons and any other kind of mass destruction weapons in outer space or celestial bodies. Furthermore, this article declares that the moon and other celestial bodies shall be

37 Approved by the UN General Assembly resolution 51/122 of 13 December 1996.

38 Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies (1967). Article 3.

used only for peaceful purposes; it is consequently forbidden to establish military bases and to test new weapons there[39].

3. Article VI of the Outer Space Treaty which declares that States shall bear international responsibility, not only for their official activities in outer space but also for the activities of their nationals[40].

4. Articles II, III, and IV of the Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects that regulate the responsibility of the States to repair, in case of producing damages, as a result of space activities[41].

5. Article II of the Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space which prescribes that every space object launched shall be registered by the State and informed to the Secretary General of the UN[42].

So, in theory, the outer space shall be used only for peaceful purposes, and space activities shall observe International Law. Nevertheless, the following question arises: What if the aforementioned rules of International Space Law and *ius contra bellum* are broken and a State starts an armed conflict?

3.2. The Use of Outer Space in Armed Conflict Scenarios

In the second stage, where hostilities take place and the armed conflict has started, the question arises: Is IHL applicable in outer space?

It is necessary to make a disclaimer before going deeper into this matter. The objective of this paper is neither to promote, by any mean, nor to legitimize military use of outer space. In fact, the real goal of the paper is to analyze the legal frame applicable in case an armed conflict arises starting from the premise that it would be inconceivable that such actions could develop without any regulation. This comment is necessary because some scholars and even States consider that analyzing the possible application of IHL in outer space legitimizes this kind of warfare. For example, the Russian Federation has expressed:

> At present, the expert community is paying increased attention to the issues of the applicability of international humanitarian law to military space activities. Many institutions, including the specialized international intergovernmental organization of the United Nations system, show an interest in assessing the implications

39 *Eiusdem*. Article 4.

40 *Eiusdem*. Article 6. This article is particularly controversial as many interpretations are plausible. It is not clear what would happen if non-governmental entities produced damages in outer space without the control and authorization of the State or States where they are located.

41 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects (1972). Articles 2-4.

42 Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space (1976). Article 2.

> of this branch of international law for space activities. Generally speaking, the "popularization" of this topic is quite an ambiguous thing. The new research trend raises concern because, whichever way one looks at it, it encourages the perception that warfare in outer space is accepted as an eventuality[43].

The position that the Russian Federation maintains is extremely risky because it hinders the possibility that law anticipates possible scenarios where a lot of lives could be seriously compromised and even the stability of the international system could be broken.

Having made these clarifications, it will be proceeded to analyze the question that was already stated regarding the applicability of IHL in outer space. In 2015 the International Committee of the Red Cross (onwards ICRC), exposed a statement to the First Committee of the General Assembly of the United Nations stating:

> What is certain is that any hostile use of outer space in armed conflict –that is, any use of means and methods of warfare in, from, to or through outer space– must comply with IHL, in particular its rules of distinction, proportionality and precautions in attack[44].

The statement is categoric: when armed conflicts take place in outer space, the parties must comply with IHL. The ICRC emphasized that stating that IHL is applicable in outer space does not mean that space can be legally used for hostile purposes, because that would imply a violation of International Space Law and *ius ad bellum*. It is also interesting the way the ICRC provides a remarkably broad definition for the hostile use of outer space; in fact, following the statement, hostile acts could be conducted in, from, to or through space. It is appropriate to remember that the declaration of the ICRC is not legally binding if we follow article 38 of the Statute of the International Court of Justice[45]; however, it can be used as an auxiliary source as it constitutes specialized doctrine.

Additionally, the International Court of Justice (hereinafter ICJ), have implicitly expressed itself in favor of the applicability of IHL in outer space. In fact, in its Advisory Opinion of 1996 relative to the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, the court considered that IHL "applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and

43 Committee on the Peaceful Uses of Outer Space. *Survey of the problem of discretion exercised by States in interpreting basic legal principles and norms related to safety and security in outer space: Working paper submitted by the Russian Federation*. A/AC.105/2018/CRP.17 (2018), par. 21. https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/2018/aac_1052018crp/aac_1052018crp_17_0_html/AC105_2018_CRP17E.pdf

44 International Committee of the Red Cross. *General debate on all disarmament and international security agenda items. United Nations, General Assembly, 70th session, First Committee, statement by the ICRC, New York, 15 October 2015*, 2015. https://www.icrc.org/en/document/weapons-icrc-statement-united-nations-2015 (access: 31/01/200).

45 Statute of the International Court of Justice (1945). Article 38.

those of the future"[46]. There is no doubt that space warfare would be covered in that definition. As well as the ICRC's statement, ICJ's Advisory Opinion constitutes an auxiliary source of International Law.

At this point, it is necessary to establish binding sources that lead to the same conclusion. Perhaps the best argument results from the interpretation of common article 1 to the Geneva Conventions of 1949 which prescribes: "The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in **all circumstances**" (emphasis added)[47]. The phrase "all circumstances" includes the territorial or physical scope of application of IHL; following this logic, the outer space cannot be excluded from IHL's frame. Dr. Dale Stephens, Editor in Chief of the Manual on International Law Applicable to Military Uses of Outer Space (MILAMOS), interprets this article stating that it "surely means the law applies wherever and whenever armed conflict occurs"[48].

Strong arguments may also be found in Additional Protocol I to the Geneva Conventions. In fact, article 1.2. states:

> In cases not covered by this Protocol or by other international agreements, civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience[49].

This is one of the many variations of the Marten's Clause. So, following its logic, in all scenarios that are not directly covered by the Protocol or even by the Geneva Conventions, the basic principles of International Public Law, international custom, and the basic principles of IHL shall be applied.

Another very strong argument, supported by a binding source, comes from article 3 of the Outer Space Treaty that conditions space activities to the observation of International Law[50]. As International Humanitarian Law is a branch of International Law, it is clear that is covered by the scope of article 3.

In conclusion, there are very strong arguments from both binding and non-binding sources of International Public Law that support the possibility and necessity to apply IHL in the case and armed conflict arises in outer space.

46 International Court of Justice. *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, par.86.

47 The Geneva Conventions of 12 August 1949 (1949). Common Article 1.

48 Stephens, Dale. *Why Outer Space Matters. Dr. Dale Stephens gives a brief introduction to International Humanitarian Law*, 2016. https://intercrossblog.icrc.org/blog/twmzia1cp84kv2c29bi4iz6q4u03in (access: 21/01/2020).

49 Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977 (1977). Article 1.2.

50 Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies (1967). Article 3.

4. Challenges of IHL in Outer Space

Affirming that IHL is largely applicable in outer space does not solve the controversy at all. In fact, it is evident that IHL, as well as other branches of law such as Tax Law, Environmental Law, and Property Law, were created to be applied on Earth; therefore, many challenges arise.

4.1. Dual-Use Objects

Attacks directed to dual-use objects represent perhaps the most challenging issue of space warfare. Civilian objects are protected under International Humanitarian Law by specific conventional and customary rules that gather the essence of the principle of Distinction[51]. However, when those objects come to be used for military purposes, they lose that protection and become military objectives[52]. In those situations, such objects are usually known as dual-use objects. The problem is that the majority of satellites and other space objects that could be used for military purposes have also civilian purposes. The ICRC expressed its concern to the United Nations about the alarming possible consequences of attacking space dual-use objects; indicating:

> Attacks against such highly integrated "dual-use" systems through kinetic or non-kinetic means can entail significant humanitarian consequences for up to millions of civilians on the ground, for example by disrupting health-care and other essential services that depend on space-based communication systems[53].

About this topic, the Group of Governmental Experts on Further Practical Measures for the Prevention of an Arms Race in Outer Space conducted a study relative to the potential consequences of space warfare. The results were exposed in an inform called: Humanitarian Consequences and Constraints Under International Humanitarian Law (IHL) related to the Potential Use of Weapons in Outer Space. Among others, the most relevant consequences are[54]:

1. The destruction of communication systems.

2. Damages to health systems on Earth.

51 Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977 (1977). Article 52.

52 ICRC Customary IHL Database. Rule 10.

53 International Committee of the Red Cross. *General debate on all disarmament and international security agenda items. United Nations, General Assembly, 70th session, First Committee, statement by the ICRC, New York, 15 October 2015*, 2015. https://www.icrc.org/en/document/weapons-icrc-statement-united-nations-2015 (access: 31/01/200).

54 Group of Governmental Experts on Further Practical Measures for the Prevention of an Arms Race in Outer Space. *Humanitarian Consequences and Constraints Under International Humanitarian Law (IHL) related to the Potential Use of Weapons in Outer Space: Working paper submitted by the International Committee of the Red Cross (ICRC)*, GE-PAROS/2019/WP.1 (2019), par. 3.

3. Disaster prevention and mitigation would be affected if satellites are damaged.

4. Navigation systems would be damaged.

In these cases, the principle of proportionality must be observed. This principle is gathered in treaties such as the Additional Protocol I to the Geneva Conventions as well as customary law. Rule 14 of the ICRC's Customary IHL Database prescribes:

> Launching an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated, is prohibited[55].

In fact, the principle of proportionality implies the duty of the attacking party to contrast civilian losses with the military advantage in every single attack. This principle is intimately related to the principle of military necessity; furthermore, attacks can be made only if the party pretends to obtain a direct and concrete military advantage from the attack.

There is a specific case where IHL regulates and establishes a higher standard of military necessity in order to protect cultural objects that could be used to establish an analogy in this case. That is the case of the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict that, in its article 4.2, prescribes that imperative military necessity is required in order to exceptionally attack the objects protected by the convention[56]. It is obvious that the Hague Convention establishes high standards in order to protect cultural objects because their damage would produce bigger consequences for humanity compared to the destruction of a common object. As the standard of imperative military necessity of the 1954 Hague Convention resulted ambiguous, its scope was clarified in article 6 of the Second Additional Protocol of 1999 which established a list of requisites in order to lawfully invoke imperative military necessity. Article 6 mandates:

> With the goal of ensuring respect for cultural property in accordance with Article 4 of the Convention:
> (a) a waiver on the basis of imperative military necessity pursuant to Article 4 paragraph 2 of the Convention may only be invoked to direct an act of hostility against cultural property when and for as long as:(i) that cultural property has, by its function, been made into a military objective; and (ii) **there is no feasible alternative available to obtain a similar military advantage to that offered by directing an act of hostility against that objective**;

55 ICRC Customary IHL Database. Rule 14.

56 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (1954). Article 4.

> (b) a waiver on the basis of imperative military necessity pursuant to Article 4 paragraph 2 of the Convention may only be invoked to use cultural property for purposes which are likely to expose it to destruction or damage when and for as long as no choice is possible between such use of the cultural property and another feasible method for obtaining a similar military advantage;
> (c) the decision to invoke imperative military necessity shall only be taken by an officer commanding a force the equivalent of a battalion in size or larger, or a force smaller in size where circumstances do not permit otherwise;
> (d) in case of an attack based on a decision taken in accordance with sub-paragraph (a), an effective advance warning shall be given whenever circumstances permit (emphasis added)[57].

As it can be noticed, the standard of imperative military necessity is very high. In the first place, it may be invoked just if there is not any other feasible way to obtain a similar military advantage; this means that the attack must be the last resource. Additionally, the article establishes requisites such as the need for a direct order from an officer that commands the force and the practice of an effective warning before the attack.

In case a new treaty is developed, the standard of imperative military necessity should be considered for any attack directed to space objects that are particularly vulnerable such as satellites. As it would be very difficult for the attacking party to determine the total civilian damage that could result from the attack to a satellite, the higher possible standard should be enforced.

4.2. Human Direct Participation

Space warfare can develop with or without direct or physical human participation in outer space. Those scenarios where humans directly participate in military operations in space suppose a real challenge to International Law. IHL counts with numerous provisions in order to regulate the treatment of prisoners of war and detainees, the treatment that shall be given to the corpses, the rights of the wounded to receive medical assistance, etc. Of course, these rules would be extremely difficult to observe if the armed conflict takes place in outer space; as a matter of fact, not only economic but also physical factors would prevent the parties to properly fulfill their obligations.

The regime applicable to the treatment of prisoners of war is principally gathered in the Third Geneva Convention. The parties, regarding their obligations with prisoners of war, have the duty to safely evacuate them[58], maintain them

57 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (1999). Article 6.
58 Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949 (1949). Article 20.

far from zones exposed to military combat[59], assure their basic needs[60], let the prisoners receive shipments[61], etc. It is necessary to consider that it is unlikely that States could send crews capable of satisfying all the requirements of prisoners in outer space. Additionally, in space transports, there surely will not be enough space to maintain prisoners for a long time. Finally, it would be impossible to maintain them far from the combat zones.

Additional Protocol I and Customary Law state that the parties have the obligation to search for the persons that are reported missing in the context of armed conflict[62]. It would be inconceivable to pretend that a party could conduct a proper search in outer space. The parties have also the obligation to search and collect the remains of the dead taking all possible measures[63]. There are also many obligations in IHL regarding the treatment of the corpses and the celebration of proper burials taking all possible measures[64]. As we can see, these obligations have to be met considering a diligence standard and the resources available. It is evident that the obligations related to the treatment of prisoners of war, the missing and the dead, are much complicated to observe when armed conflicts develop in outer space. Therefore, the standard of diligence required from the belligerent party shall be far less strict. However, if that standard is accepted, it would imply that sending humans to combat in outer space should be an exceptional measure because those combatants would be really vulnerable in such scenarios.

Let us try to imagine a hypothetical scenario where soldiers are sent to outer space in the context of armed conflict. In 2180, the United Kingdom accidentally destroys a Chinese military satellite during a training session of the "Royal British Space Army". The satellite falls to Earth and the U.S. intelligent services collect the pieces and process all the national security information that they could gather. China considers the U.K.'s actions as acts of war. Therefore, China sends a military spaceship to outer space, with 70 soldiers and 9 crew members, in order to protect other Chinese satellites and manually disable satellites from the U.K. and the U.S. as a reprisal. Dismayed by the measures taken by China, the U.S. send their own spaceship to outer space, with 50 soldiers, and place it very close to the Chinese spacecraft. Tensions rise to the point that the U.S. crew decides to attack the Chinese ship with a laser weapon. Because of the attack, the Chinese ship suffers severe damage, 20 soldiers, as well as all crew members, die, and 40 other soldiers get seriously injured.

59 *Eiusdem.* Article 22.

60 *Eiusdem.* Articles 15 and 30.

61 *Eiusdem.* Article 72.

62 Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977 (1977). Article 33. See also: ICRC Customary IHL Database. Rule 117.

63 See Geneva Convention I, Art. 15(1); GC II, Art. 18(1); GC IV, Art. 16(2); ICRC Customary IHL Database, Rule 112. Additional Protocol I, Art. 33(4).

64 See Geneva Convention I, Art. 17; GC II, Art. 20; GC III, Art. 120(3)-(5); GC IV, Art. 130(1) and (2); ICRC Customary IHL Database, Rule 115.

After the attack, the U.S. sends a reconnaissance mission to the spaceship from China. Because of the capacity of the ship, U.S. soldiers were just able to capture 10 prisoners of war and to transport 10 wounded to the U.S. ship in order to provide medical treatment. It is evident that the U.S. would not be able to transport all the prisoners and the wounded to a safe place in case the conflict continues. It is also clear that the corpses would not be transported and properly buried. Furthermore, perhaps even basic needs would not be provided to the prisoners and the wounded would not receive appropriate medical treatment because of the lack of available resources. Finally, maybe a lot of survivors would have to be abandoned because of the lack of physical space on the ship. As it could be seen, very complicated situations could arise if humans directly take place in hostilities that take place in outer space. In such cases, States would be obligated to comply with their international obligations, depending on available resources, taking all possible measures. However, it is clear that such obligations would never be enough; therefore, human direct participation in armed conflicts that take place in outer space should be extremely restricted.

4.3. Development of New Weapons

Article IV of the Outer Space Treaty prescribes: "The establishment of military bases, installations and fortifications, the testing of any type of weapons and the conduct of military maneuvers on celestial bodies shall be forbidden"[65]. Although the article prohibits the testing of new weapons in celestial bodies, there is not an express prohibition to test or develop new weapons in orbit, inside a space station, or any other space object. The same article prohibits the use of nuclear weapons and any other kind of mass destruction weapons in outer space, making it clear that they cannot be used in outer space.

For the rest of the weapons that could be developed in outer space, there is not a concrete answer. This is a gray area of IHL and generates an enormous debate nowadays. What is clear is that the same standards and rules applicable on Earth shall be applied in space. In this sense, Article 36 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions states[66]:

> In the study, development, acquisition or adoption of a new weapon, means or method of warfare, a High Contracting Party is under an obligation to determine whether its employment would, in some or all circumstances, be prohibited by […] international law.

65 Adopted by the UN General Assembly in its resolution 2222 (XXI), opened for signature on 27 January 1967, entered into force on 10 October 1967.
66 Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977 (1977). Article 36.

Therefore, the parties to an armed conflict have the obligation to determine if the weapons that are being developed and may be used in the conflict would not contradict the rules and principles of IHL. Niles Melzer established a test in order to determine if a new weapon would be allowed by IHL. The test is constituted by 4 main points considering if the weapon:

1. would already be prohibited under a specific weapon treaty;
2. would constitute an indiscriminate weapon;
3. would be of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering, or widespread, long-term and severe damage to the natural environment;
4. would contradict the "principles of humanity" or "public conscience" (Martens Clause)[67].

The test of Melzer considers the observance of conventional law, the principle of distinction, the principle of humanity, Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949, and the Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques (ENMOD) regulations regarding attacks to the natural environment and, finally[68], Marten's Clause.

The International Court of Justice in its Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons of 1996 analyzed the case of nuclear weapons and expressed its view about the development of new weapons in general. The court stated that Marten's Clause "had proved to be an effective mean of addressing the rapid evolution of military technology"[69]. In this Advisory Opinion, the ICJ analyzed the legality of nuclear weapons applying IHL principles of distinction and humanity. The Court determined that, although Nuclear Weapons are not conventionally prohibited, it would be extremely complicated that an attack employing them could fulfill IHL principles. The same standards should be observed when a new space weapon is developed.

5. The Path to a Treaty

Along the paper, many solutions have been proposed in order to regulate an hypothetical armed conflict in outer space. Those solutions have been mainly directed to the application of treaties, customary rules, and principles that already exist and are applied on Earth. However, as space warfare is unique

67 Melzer, Nils. *International Humanitarian Law: a Comprehensive Introduction*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 2016, p. 122.

68 Article 35.3. of Additional Protocol I prescribes: "It is prohibited to employ methods or means of warfare which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment". By the other hand, Article 1 of the ENMOD Convention prescribes: "Each State Party to this Convention undertakes not to engage in military or any other hostile use of environmental modification techniques having widespread, long-lasting or severe effects as the means of destruction, damage or injury to any other State Party". As can be noticed, ENMOD provides broader protection to the natural environment as just one of the requisites is required. It is not clear if these dispositions in regard to the natural environment could be applied for outer space.

69 International Court of Justice. *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, par. 78.

because of its nature, a lot of IHL rules result inapplicable or insufficient. The most effective solution to effectively regulate armed conflicts in outer space would require the creation of a specific treaty. However, currently, there is not a consensus between States in regard to many relevant topics such as the delimitation of outer space. Therefore, it would be prudent to consider that perhaps the best option at the moment would be to focus on developing non-binding instruments that could provide guidelines and principles. It would be expected that, with the passage of time, greater consensus could be achieved by States and then, and only then, the idea of a treaty would be generally accepted and, consequently the creation of a binding instrument would be viable.

This strategy has already been applied in several cases framed in the field of IHL. For example, by the initiative of Switzerland and the ICRC, in September of 2008 The Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict was originally approved by just 17 States[70]. However, that number is continually growing. Likewise, in 2013 the Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare was published. Both instruments cited are not binding but they serve as a useful source because they provide solutions and interpretation for two gray areas of IHL as cyberwarfare and private contractors.

In the 4th Manfred Lachs Conference on Conflicts in Space and the Rule of Law, the project to create the Manual on International Law Applicable to Military Uses of Outer Space (hereinafter MILAMOS) was launched by McGill University (Canada) and University of Adelaide (Australia)[71]. The project is also supported by the International Committee of the Red Cross and States like Canada[72]. The project pretends to: "draft a widely-accepted manual clarifying the rules applicable to the military use of outer space"[73]. The Manual will be divided into two parts: A and B. Part A will focus on military uses of space in a global security context that is relatively benign. On the other hand, part B will focus on military uses of space in situations posing threat to the peace, and the legal characterization of coercive or overtly hostile activities (use of force, *jus ad bellum*)[74]. MILAMOS project has created many expectations because it is being developed by remarkable experts in the field. Additionally, it seems like MILAMOS will be a very detailed instrument as it will cover a wide range of rules including:

70 The Montreux Document On pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict (2009).
71 McGill University. Launch of the *MILAMOS Project, 2016*. https://www.mcgill.ca/iasl/press/2016/milamos-launch (access: 09/04/2020).
72 *Ibíd.*
73 *Ibíd.*
74 McGill University. *Manual on International Law Applicable to Military Uses of Outer Space, Research*, n.d. https://www.mcgill.ca/milamos/research (access: 09/04/2020).

PART A	
Delimitation	UN Registration
Applicability of International Law	Jurisdiction and Control
Harmful Interference under Article IX of the Outer Space Treaty	Cooperation, Mutual Assistance and Due Regard
Responsibility for National Space Activities	Prior Consultation
Peaceful Purposes	Duty to Provide Information
Use of Electromagnetic Spectrum	Rescue and Return
Responsibility for Space Activities of International Organizations	Protection of the Natural Environment
Non-appropriation	Harmful Contamination
Weaponization	Status of Astronauts
National Registration	Freedom of Transit
Launching States	Military Maneuvers, Military Bases and Military Installations
Applicability of Space Treaties during Armed Conflict	Damage
Liability	Ground Infrastructure
Freedom of Use	Property Rights
Application of Domestic Laws	Space Operations
Space Objects	Technical Means of Verification
Astronauts and Space-related Persons	Orbital Rights
Weapons of Mass Destruction	National Space Activities
Launch and Ballistic Missiles	Applicability of International Law to International Organizations

PART B	
Harmful Interference and Intervention	Right of Self-Defense Against Armed Attack
Prohibition of Threat or Use of Force Threat of Use of Force Use of Force Use of Force less than Armed Attack Countermeasures	Security Council Resolutions/Collective Security
	Humanitarian Intervention/R2P
	Noncombatant Evacuations
	Non-state Actors
	Aggression[75]

75 Author's own graphic. Based on: McGill University. *Research*, n.d. https://www.mcgill.ca/milamos/research (access: 09/04/2020).

MILAMOS project may represent the first big step in order to regulate armed conflicts in outer space. As shown in the graphic, most of the topics that were addressed in the paper will be covered in the Manual including: space objects, delimitation, rescue and return operations, the status of astronauts, the applicability of IPL and IHL, etc. One of the weaknesses that could be identified in the Manual by just looking at its subtitles has to do with the fact that very controversial topics such as R2P will be covered. Indeed, covering this kind of issue could produce negative consequences such as the delegitimization of the project and the lack of cooperation from several States. It would be ideal if, with the basis of initiatives like MILAMOS project, the topic became popular on the international scene with a view to developing a binding treaty in the future.

6. Conclusions

Throughout the paper, some of the most concerning issues in relation to the possibility of applying the rules and principles of International Humanitarian Law, in the event that an armed conflict develops in outer space, have been exposed and analyzed.

The first critical problem is related to the lack of consensus among States, and even within the scientific community, in regard to the definition and delimitation of outer space. Although the aim to reach a consensus between the international community has been present in the debates of the competent organs of the United Nations (including the General Assembly and the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space) since 1966, the progress that has been reached so far is very limited. The problem is that States use different approaches to determine the beginning of outer space based on scientific theoretical concepts, aerodynamic approaches, and even numbers based on their convenience. Perhaps the most feasible solution for this problem would be the consideration of the Kármán line as a unique standard. However, it is clear that everything depends on the goodwill of the States in order to reach a consensus and establish a uniform standard.

The key legal problem addressed by the paper tried to answer whether IHL would be applicable in outer space. The paper established two approaches: a theoretical or legal approach and a practical or empirical approach. The theoretical approach pretended to find legal arguments to support the thesis in favor of the applicability of IHL in outer space. Both binding and auxiliary sources of Public International Law were presented. The most relevant binding norms, that may lead to obtaining a favorable answer, are common article 1 to the Geneva Conventions of 1949, article 1.2 of the Additional Protocol I (and other expressions of the Martens Clause), and article 3 of the Outer

Space Treaty. Auxiliary sources, such as doctrinarian statements of the ICRC and advisory opinions of the ICJ, also support the same conclusions. Based on the arguments presented, it could be concluded that the existing legal frame is enough to affirm that IHL would be effectively applicable if an armed conflict developed in outer space.

However, affirming that IHL is theoretically or legally applicable is not enough in the sense that space warfare, because of its very unique nature, would present very challenging scenarios. The paper focuses on three of the most concerning gray areas —resulting from the application of IHL in outer space— including: (i) attacks on dual-use objects; (ii) the obligations of the parties to the conflict when there is human direct or physical participation; and (iii) the applicable regulations for the development and use of new weapons. The analysis of such situations gave as a result one general conclusion (applicable to the three cases) and some specific considerations. The general conclusion focuses on the need for a new specific treaty that regulates the area. On the first challenge, regarding the possibility of attacks directed at dual-use objects such as satellites, the importance of the principles of distinction and proportionality was considered. Additionally, the need to implement the imperative military necessity standard, that is used for the protection of cultural objects, or a similar regime was considered. On the second challenge, regarding the obligations of the States when there is direct human participation in hostilities, the main conclusion proposed that the standard of diligence required from the belligerent party shall be far less strict at the moment of obligations related with the treatment of the wounded, the management of corpses, etc. Finally, on the third challenge, regarding the development or use of new weapons, the general conclusion is that the same rules, principles, and considerations that are applied on Earth shall be considered in outer space.

Finally, the paper analyzed the possibility to create a new treaty that would specifically regulate space warfare. The general conclusion is categoric: as space warfare is unique because of its nature, plenty of IHL rules result inapplicable or insufficient. Therefore, a specific treaty is necessary in order to effectively fulfill the existing gaps. However, currently, there is not a consensus between States in regard to many relevant topics such as the delimitation of outer space so it would be prudent to create non-binding instruments, that may contain general guidelines or principles, in a first stage. In this context, the MILAMOS project was recognized as an interesting and remarkable first step in order to create a non-binding instrument that, with the passage of time, could contain rules and principles that may be considered in a new treaty in the future.

Frequently, the law arrives late. This means that law is codified or developed when a disaster or a conflict has already happened, and regrettable conse-

quences have to be faced. Therefore, it is a duty of the academy to start asking questions framed in hypothetical but probable scenarios with the aim to prevent its occurrence. The paper did not intend to legitimize the occurrence of armed conflicts in outer space but to provide possible solutions in case that one arises.


@usfqpress